

THÈSE DE
CAEN.

1892

N^o. 9.

FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

DROIT ROMAIN
DE L'HYPOTHÈQUE LÉGALE DE LA FEMME MARIÉE

DROIT FRANÇAIS
DES RENONCIATIONS PAR LA FEMME
à son Hypothèque Légale
AU PROFIT DU TIERS ACQUÉREUR
(Loi du 13 février 1889)

THÈSE POUR LE DOCTORAT

*L'acte public sur les matières ci-après sera soutenu le Jeudi 18 Février 1892,
à trois heures et demie du soir.*

PAR

ANATOLE WABLE

Lauréat de la Faculté de Droit de Douai et de la Faculté libre de Lille

Avocat à la Cour d'Appel de Douai

PRÉSIDENT : M. JOUEN, Professeur.

SUFFRAGANTS { MM. CABOUAT, Professeur.
Ambroise COLIN, Agrégé.
CARRÉ de MALBERG, Agrégé.

LILLE

IMPRIMERIE LE BIGOT FRÈRES, 68, RUE NATIONALE
9 & 11, rue Nicolas-Leblanc

1892

FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

DROIT ROMAIN
DE L'HYPOTHÈQUE LÉGALE DE LA FEMME MARIÉE

DROIT FRANÇAIS
DES RENONCIATIONS PAR LA FEMME
à son Hypothèque Légale
AU PROFIT DU TIERS ACQUÉREUR
(Loi du 13 février 1889)

THÈSE POUR LE DOCTORAT

*L'acte public sur les matières ci-après sera soutenu le Jeudi 18 Février 1892,
à trois heures et demie du soir.*

PAR

ANATOLE WABLE

Lauréat de la Faculté de Droit de Douai et de la Faculté libre de Lille

Avocat à la Cour d'Appel de Douai

PRÉSIDENT : M. JOUEN, Professeur.

SUFFRAGANTS	{	MM. CABOUAT, Professeur.
		Ambroise COLIN, Agrégé.
		CARRÉ de MALBERG, Agrégé.

LILLE

IMPRIMERIE LE BIGOT FRÈRES, 68, RUE NATIONALE
9 & 11, rue Nicolas-Leblanc

1892

A la mémoire chère et vénérée

DE MA MÈRE

A MON PÈRE

A MA FAMILLE

A MES AMIS



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548413_0004

DROIT ROMAIN

DE L'HYPOTHÈQUE LÉGALE DE LA FEMME MARIÉE

Il faut attendre jusqu'à Justinien pour voir apparaître, en droit romain, l'hypothèque légale de la femme mariée. Elle fut comme le couronnement de toutes les mesures de protection accordées à la femme pour la sauvegarde de ses droits pécuniaires et le dernier mot du législateur dans l'organisation des sûretés qui assuraient la conservation et la restitution de la dot. Aussi, pour apprécier l'importance de cette innovation qui, bien que tardive, n'en devait pas moins exercer une immense influence et arriver jusqu'à nous, pour rechercher sa raison d'être et les besoins auxquels elle répondait, il n'est pas sans utilité de jeter un coup d'œil en arrière, de se rendre compte de l'évolution accomplie et de se demander quel avait été jusqu'à Justinien l'ensemble des précautions prises par les Romains pour sauver de la ruine le patrimoine de la femme mariée.

Ce retour vers le passé fera l'objet d'une première partie. Nous y résumerons à grands traits les réformes tentées et les progrès accomplis. — Dans une deuxième partie nous étudierons plus spécialement l'œuvre de Justinien.

PREMIÈRE PARTIE

De la protection de la dot avant Justinien

CHAPITRE PREMIER

Des premières garanties attachées à la restitution de la dot. — De l'action “rei uxoriæ”. — Ses origines et son développement.

A Rome, comme en droit français, la dot est ce que la femme ou un tiers apporte au mari pour subvenir aux charges du mariage.

L'institution de la dot est aussi ancienne que Rome même. Dans le mariage *cum manu*, qui, d'après une opinion aujourd'hui accréditée, fut la forme primitive du mariage romain et la seule d'abord usitée (1), la dot, si la femme était *sui juris* avant le mariage, comprenait toute sa fortune (2). Par l'effet de la *conventio in manum*, ses biens tombaient dans le patrimoine du mari avec lequel ils étaient définitivement confondus. La femme

(1) En ce sens Gide, *Etude sur la condition privée de la femme en droit romain* (Edit. Esmein), p. 113 et 121. — Esmein, *Mélanges d'Histoire de Droit et de Critique*, p. 6 et 9. — G. May, *Eléments de Droit romain*, t. I, p. 119. — Fustel de Coulanges, *La Cité antique*, p. 375. — Glasson, *Du Consentement des Epoux au Mariage*, n° 6. — Labbé, *Nouv. Revue historique de Droit français*, 1889, p. 6 et 19. — Voy. toutefois Accarias, *Précis de Droit romain*, 4^e édit., t. I, p. 307.

(2) Accarias, *op. cit.* t. I, p. 815, note 2.

soumise à la *manus* ne conserve rien en propre et ne peut rien acquérir (1). La femme était-elle *alieni juris* ? N'ayant pas alors de patrimoine propre, elle ne pouvait fournir au mari cet apport qui devait contribuer aux charges communes nées du mariage. Le *paterfamilias* intervenait et constituait à sa fille cette dot qui était comme l'accessoire ordinaire et presque nécessaire du mariage : « Les dots étaient souvent considérables » et quelque pauvre qu'il fût, un père se serait « cru déshonoré s'il n'eût doté sa fille » (2).

Lorsqu'à côté du mariage avec *manus* s'établit le mariage *sine manu*, l'institution de la dot prit un nouvel essor et l'usage s'en généralisa de plus en plus. On le comprend sans peine ; les raisons qui rendaient nécessaire la constitution d'une dot dans le cas précédent se présentaient ici avec autant de force : c'était pour la femme la seule manière de subvenir pour sa part à l'entretien du ménage et des enfants nés du mariage (3).

Quant aux *paraphernaux*, ils ont tenu pendant longtemps une place peu importante dans le droit matrimonial romain ; « il semble que » pendant longtemps la femme ne reçut rien de » sa famille en dehors des biens qu'elle apportait » en dot ». (4).

(1) Esmein, op. cit., p. 38 et 49. — Gide, op. cit., p. 119. — Accarias, t. 1^{er}, p. 310.

(2) Gide, p. 505. — G. May, op. cit., t. II, n° 341, p. 306. — Plus tard, la constitution de dot devint légalement obligatoire pour le père. Cette obligation imposée par Auguste fut généralisée par une constitution de Septime Sévère (L. 19, Dig. XXIII, 2).

(3) G. May, t. II, p. 206 ; t. I, n° 90, p. 136.

(4) Esmein, op. cit., p. 40.

Mais la dot, au sens romain, offrait avec la dot, telle que nous l'entendons aujourd'hui, cette différence caractéristique et essentielle, c'est que le mari en était seul propriétaire. La dot est de sa nature perpétuelle ; c'est un don, dans le sens primitif du mot, un abandon fait au mari sans réserve et sans retour ; le mari acquiert la dot pour toujours, et en dispose à son gré sans avoir aucun compte à rendre de ses actes :
» *Dotis causa perpetua est, cum voto ejus qui*
» *dat, ita contrahitur, ut semper apud maritum*
» *sit* ». (1) Jusqu'au VI^e siècle de Rome toute action en restitution de dot est inconnue. L'idée de dot et l'idée de restitution qui, maintenant, nous semblent inséparables, se présentaient comme tout-à-fait indépendantes l'une de l'autre : « Me-

(1) Gide, p. 501 et suiv. — Si l'on n'oublie pas la notion élevée que les premiers Romains avaient du mariage et leur définition célèbre : « *Consortium omnis vitae, divini et humani juris communicatio* », il est difficile d'en voir l'application dans le rapide aperçu que nous venons de tracer du mariage romain, envisagé dans ses effets pécuniaires. Ce tableau n'est exact qu'au point de vue juridique et abstrait. Mais en fait et dans l'intérieur de la *domus*, il faut se faire une conception tout autre des rapports des époux. Ihering l'a finement observé : « L'idée naturelle, telle qu'elle régnait dans la vie romaine, et se reflète dans des déductions juridiques, faisait du patrimoine des époux une chose commune : elle voyait dans la femme la régente et la maîtresse de la maison. La nature du rapport de fortune, tel qu'il existait pour le mariage avec *manus*, d'après la rigueur du droit, avait peu de réalité dans la vie habituelle. Tout comme aujourd'hui, l'épouse romaine considérait ces choses dotales, comme propres, après comme avant le mariage, et malgré qu'elles fussent entrées dans la propriété du mari. Elle disposait seule de ses objets de valeur, et un mari qui aurait essayé de mettre en pratique la théorie légale de sa propriété illimitée sur les choses dotales de sa femme, se serait créé une position des plus fausses. » Ihering, *Esprit du Droit Romain*, trad. par O. de Meulenaere, t. II, p. 204. — Columelle de *Re Rustica* XII, Praef. — L. 1-15, D. XXIX, 5. — L. 1, D. XXV, 2. — Inscription de Thuria, II, 37.

» moriae traditum est, *quingentis fere annis post*
» *Romam conditam*, nullas rei uxoriae neque
» actiones, neque cautiones in urbe Romana aut
» in Latio fuisse ». (1)

Comment expliquer cette absence de toute action dotale pendant les premiers siècles de Rome, cette liberté absolue laissée au mari de détourner la dot de sa destination, de dépouiller, s'il le voulait, sa femme et ses enfants ? Aulu-Gelle ajoute, nous donnant aussitôt la réponse : ce régime répondait à tous les besoins « *quia profecto nihil desiderabantur* » (2). Cela tient à des causes multiples et diverses. Le mariage se dissolvait-il par la mort de la femme : elle n'avait évidemment plus besoin de sa dot, et les enfants, s'il y en avait, demeuraient à la charge du père. Le mariage se dissolvait-il par la mort du mari : si la femme était *in manu*, elle succédait à son mari, *pater familias*, en concours avec ses enfants « *loco filiae* » ; si elle n'était pas *in manu*, elle n'avait aucun droit sur la succession de son mari, de sorte qu'une fois veuve, elle pouvait se trouver sans ressources. Mais les mœurs avaient apporté un correctif à ce que la loi avait d'insuffisant et de dur pour la femme, et les mœurs formaient un élément essentiel dans l'antique constitution romaine, élément aussi important que la loi écrite et qu'il ne faut pas négliger pour avoir une vue exacte des choses (3). « Aux yeux des » anciens Romains, dit M. Esmein, c'est un devoir

(1) Aulu-Gelle. Nuits Attiques, IV, 3. — Voy. aussi : Denys d'Halicarnasse. Antiquités romaines, II, 25.

(2) Aulu-Gelle, op. et loc. cit.

(3) Gide, p. 96.

» précis pour le mari que d'assurer à sa veuve une
» vie large et facile ; c'est la compensation du rôle
» humble et effacé que la femme a dû tenir, au
» point de vue juridique, pendant la durée du
» mariage ; mais ce devoir ce sont les mœurs et
» non les lois qui l'imposent au mari » (1).

Ce devoir moral, le mari s'en acquittait dans son testament, « l'acte suprême qui doit clore son règne domestique », et qu'un Romain ne manquait jamais d'accomplir. Qu'elle fût ou non *in manu mariti*, la femme était souvent instituée héritière par son mari. Celui-ci faisait, en outre, en sa faveur, des legs nombreux, parmi lesquels il faut placer en première ligne le legs de la dot. L'origine du *legatum dotis* remonte sûrement à une époque où la femme survivante n'avait pas droit à la restitution de la dot (2). « Même quand il instituait sa » femme héritière, le mari détachait de son patrimoine, comme une valeur étrangère, la dot » qu'elle avait apportée, et la lui attribuait à titre » de legs précipitaire, « *praelegatum dotis* » (3). » L'importance de ce *praelegatum* et l'existence de l'édit *de alterutro* attestent la généralité de cet usage.

Là ne se bornaient pas la générosité et la reconnaissance du mari. C'était une coutume très ancienne, contemporaine de l'ancien régime du mariage avec *manus* et qui se conserva dans le mariage libre, que de léguer à la femme le *mundus muliebris* et tout ce qui a été acquis dans

(1) Esmein, op. cit. p. 39.

(2) Esmein, op. cit. p. 43.

(3) Esmein, Ibid.

le ménage pour l'usage particulier de la femme ou mis à sa disposition par le mari « *quae ejus causa parata sunt* ». (1) Ajoutons encore que les maris avaient également l'habitude de faire en faveur de leurs femmes des *legs d'usufruits* (2).

Telle était, à la mort du mari, la situation créée à la femme par la loi et par les mœurs.

La loi admettait une autre cause de dissolution du mariage : le *divorce*. Ici encore les mœurs furent plus puissantes que les lois. Pendant longtemps la femme n'eut pas à redouter les conséquences du divorce ; s'il n'était pas illégal, il était moralement impossible. Le premier divorce fit époque dans l'histoire de Rome ; ce fut tout un évènement et les auteurs nous ont précieusement transmis la date exacte de ce fait mémorable : l'an de Rome 523, et le nom de Spurius Carvilius Ruga « *le premier à Rome qui divorça* ». (3).

Mais les Romains ne tardèrent pas à suivre cet exemple fameux et le divorce entra dans leurs habitudes. On se vit alors dans la nécessité, rapporte le jurisconsulte Sulpicius dans son traité *de Dotibus* (4), d'exiger du mari, au moment où il recevait la dot, la promesse d'en rendre quelque chose en cas de divorce. Ce fut là l'origine des *cautiones rei uxoriae*. Boëce nous en a conservé la formule : « *Dos interdum his conditionibus dari solebat, ut, si, inter virum*

(1) Esmein, p. 49.

(2) Esmein, p. 54.

(3) Aulu-Gelle, Nuits Att. IV, 3. — XVII, 21. — Denys d'Halicarnasse, op. cit., II, 25.

(4) Aulu-Gelle, op. cit. IV, 3.

» *uxorem divortium contigisset, quod melius æ-*
» *quius esset apud virum maneret, reliquum*
» *dotis restitueretur uxori.* » (1). De cette stipulation naissait une action où le juge, faisant l'office de censeur, ne suivait d'autre règle que l'équité. Puis vers la fin de la République, une révolution profonde s'opéra dans les mœurs romaines, jusques-là si austères et si simples : « Le » luxe et la mollesse pénétraient dans Rome avec » les riches dépouilles de Carthage. La censure » devenait impuissante ; les divorces se multi- » pliaient ; le mariage n'était parfois qu'un hon- teux trafic : le mari gardait la dot et répudiait la femme » (2). Devant la fréquence scandaleuse des divorces et l'extrême fragilité du lien conjugal, les dangers de la législation sur la dot se firent vivement sentir : la femme privée de sa dot risquait de végéter dans la misère et de ne pas se remarier. On admit alors que le seul fait du divorce engendrerait l'obligation de restituer la dot : une action nouvelle, l'action *rei uxoriae*, fut la sanction de cette obligation. Puis à ces considérations d'équité et d'humanité se joignit une considération d'ordre purement politique qui poussa fortement la jurisprudence à toujours sous-entendre la restitution de la dot : c'est la décroissance rapide du nombre des citoyens. De conventionnelle qu'elle était d'abord, la restitution de la dot devint légale et l'intérêt de l'Etat fit de la dot une institution d'ordre public ayant la double utilité de pousser au mariage et de détourner du divorce : « Il

(1) Boëce, Ad. Cicer. Topic, XVII, 66.

(2) Gide, p. 511.

» importe à la République, disent les jurisconsultes
» romains, que les femmes aient des dots et qu'elles
» les conservent, car c'est pour leurs dots qu'on les
» épouse » (1). Le régime dotal était inventé.

On conçoit facilement que, dans ce naufrage des mœurs, tant de fois décrit par les poètes et les philosophes, les affections domestiques ont disparu : « La famille n'est plus la forte corporation du passé : c'est la famille relâchée des » époques sceptiques (2) ». La loi dut alors intervenir, pour laisser à la veuve les moyens de vivre, que le mari se faisait autrefois un devoir de lui accorder, et c'est pour cela que l'action *rei uxoriae*, introduite en faveur de la femme divorcée, fut octroyée ensuite à la femme survivante. On jugea digne de la même faveur le père de la femme dotée quand il avait lui-même fourni la dot et s'il survivait à sa fille. Et sans détour, un peu trop crûment peut-être, les jurisconsultes nous en donnent la raison, marquée au coin de l'expérience et d'une vraie connaissance du cœur humain : « *ne pater et filiae amissae et pecuniae* » *damnum sentiret.* » (3)

Plus tard, on permit à la femme d'intenter l'action *rei uxoriae*, sans même attendre la dissolution du mariage, lorsque le mari était tombé dans un état d'insolvabilité notoire. Encore ne fit-on prévaloir cette exception que sous le couvert

(1) L. 2 D. de Jure dotium, XVIII, 3; L. 1 D. Sol. matrim., XXIV, 3; L. 18 D. XLII, 5. — Voy. sur tous ces points : Gide, p. 512 et suiv. — Accarias, op. cit, t. II, p. 1015. — G. May, t. II, n° 344, p. 216.

(2) Esmein, p. 47

(3) L. 6 D. De Jure dotium. XXIII, 3.

d'une fiction, comme si le divorce avait eu lieu (1).

L'action *rei uxoriae* ne pouvait s'ouvrir que dans des hypothèses spécialement déterminées ; limitée quant à son application, elle présentait en outre d'autres particularités que nous ne ferons que signaler. Essentiellement personnelle à la femme, elle ne passe pas à ses héritiers ; elle s'éteint par la mort de la femme qui n'a pas agi ou du moins n'a pas mis son mari en demeure (2). — C'est une action *in bonum et aequum concepta*, c'est-à-dire que le juge y jouit, pour faire l'estimation du litige, d'une latitude exceptionnelle, latitude bien plus grande encore que dans les actions arbitraires ou de bonne foi (3). — Elle comporte certaines retenues ou *retentiones* et le mari condamné jouit de l'exception *quod facere potest* et de délais pour opérer la restitution. Si la femme est légataire de son mari, en vertu de l'édit *de alterutro*, elle doit opter entre l'exercice de son legs et la reprise de sa dot.

On le voit, l'action *rei uxoriae* n'était pas sans inconvénients. Aussi, malgré son introduction, la pratique n'avait pas abandonné l'usage des *cautiones rei uxoriae*. « La femme ne stipulait plus, sans doute, suivant l'ancienne formule « *Quidquid aequius melius est* », elle stipulait tout simplement « la restitution de la dot à la dissolution du mariage » (4). Les deux actions,

(1) L. 24. pr. D. Solut. matrim. XXIV. 3. — L. 30. C. de jure dotium. V. 12. Cette règle est l'origine de notre séparation de biens judiciaire. Art. 1443 Civ.

(2) Ulp. VI. 7. — Frag. Vatic. 95 et 112.

(3) Gide, p. 517 et suiv. — L. 8 D. De cap. min. IV, 5. — Cic. de Off. III, 67. — Gaius IV, 62.

(4) Gide, p. 530.

l'action *ex stipulatu* et l'action *rei uxoriae* coexisterent, l'action *ex stipulatu* plus usitée, puisqu'elle avait sur l'action *rei uxoriae* l'avantage d'être une action de droit strict, une *condictio*.

L'action *ex stipulatu* s'ouvrait de quelque façon que le mariage vint à se dissoudre ; elle était transmissible aux héritiers. Pas de *retentiones*, ni de délais de restitution. Le mari était toujours condamné *in solidum*, et l'édit *de alterutro* ne s'appliquait pas. Que si, au lieu d'une stipulation, était intervenu un pacte de restitution, adjoint à la constitution de dot, on donnait alors au constituant, non plus l'action *ex stipulatu*, mais l'action *ex præscriptis verbis* (1). C'était une action de bonne foi, qui s'exerçait quelle que fût la cause de dissolution du mariage, sans retenue d'aucune sorte ni bénéfice de compétence pour le mari (2).

Rendre la femme créancière de la restitution de sa dot, c'était bien. Mais ce n'était pas assez ; il fallait de toute nécessité assurer cette restitution, qui, sans cela, n'aurait été qu'un secours illusoire. Protéger la dot contre tous les risques auxquels est exposé un droit de créance fut le but constant de la législation impériale et de la jurisprudence (3).

(1) L. 6. C. de jure dotium. V. 12.

(2) Voy. sur ces différents points Accarias, op. cit. t. II, 3^e édition, p. 1046 et suiv. — G. May, t. II, p. 220 et suiv.

(3) Gide, p. 533.

CHAPITRE II

De la loi Julia « de Adulteriis »

Propriétaire de la dot, rien n'était plus facile au mari que de la dissiper par des aliénations et de mettre ainsi la femme dans l'impossibilité de la recouvrer. Auguste, dans la loi Julia de *Adulteriis* porta remède à cette situation, en prohibant toute aliénation des immeubles dotaux, faite sans le consentement de la femme (1). Mais cette prohibition ne s'appliquait qu'aux immeubles *italiques*, et qui avaient été apportés en dot *sans estimation*. Car l'estimation transforme la constitution de dot en une vente faite au mari, celui-ci étant autorisé à conserver *dotis nomine* le prix qu'il doit à titre d'acheteur. Ce qui est dotal alors, ce n'est plus à vraiment parler l'immeuble estimé, mais le prix d'estimation seulement et dès lors le mari peut aliéner seul cet immeuble (2). Quant aux fonds *provinciaux*, il est généralement admis aujourd'hui que la loi Julia ne s'en était pas préoccupée : le compte-rendu que Justinien nous donne de cette loi dans ses Institutes (3) est inexact et il en parle, sans l'avoir lue (4). Bien plus,

(1) Gaius, II, 63. — Paul, Sent, II, 21^b, 2. — L. 1 D. ad L. J. de adulteriis, XLVIII, 5.

(2) L. 11, D. de fundo dot. XXIII, 5. — L. 10 § 4 et 5 in fine D. de jure dotium.

(3) Inst. II, 8, pr.

(4) Gaius, II, 63. — En ce sens Demangeat, De la condition du fonds dotal en droit romain, p. 225. — Accarias, t. II, n° 314, p. 825. — G. May, t. II, p. 213.

désormais toute acquisition du fonds dotal, par usucapion ou par *longi temporis praescriptio* est impossible, *invita uxore*, et le mari ne peut ni grever le fonds dotal de servitudes passives, ni laisser s'éteindre une servitude active même par le simple non usage.

Cette inaliénabilité qui pèse sur le fonds dotal n'est d'ailleurs pas limitée à la durée du mariage : elle a pour point de départ le jour même de la constitution de dot et pour point d'arrêt le jour de la restitution (1).

Il y a des cas, cependant, où la loi Julia ne recevait pas d'application. Tout d'abord, lorsque l'aliénation a une *cause nécessaire*. C'est ce qui arrivait, par exemple, lorsque le mari, propriétaire d'un bâtiment qui menace ruine, refuse de donner la *cautio damni infecti*. Le voisin, devenu possesseur par décret du magistrat, usucape sans difficulté, car telle est son unique ressource. Ou bien encore la femme apporte en dot une part indivise, non estimée, d'un fonds italique. Le copropriétaire demande le partage. Quoique le partage à Rome soit translatif de propriété, le mari peut répondre à l'action *communi dividundo* et l'aliénation qui en résultera, sera valable, parce que le mari n'a pu s'opposer au partage.

De même la loi Julia ne s'applique pas aux aliénations *per universitatem*, c'est-à-dire au cas de mort du mari, d'adrogation, de déportation, ou lorsqu'il devient esclave *jure civili*. L'im-

(1) L. L. 4 et 12 pr. D. de fundo dotali. XXIII. 5.

meuble dotal passe alors au successeur du mari, mais sans cesser d'être inaliénable (1).

Quelle est la sanction de la loi Julia ? C'est la nullité de la vente faite contrairement à ses règles. Le mari peut toujours revendiquer l'immeuble dotal contre le tiers acquéreur, ce dernier fut-il de bonne ou de mauvaise foi. La femme, elle, n'aura ce droit qu'après la dissolution du mariage : la revendication constitue une valeur dotale que la femme peut se faire céder avec les autres biens dotaux par l'action *rei uxoriae*. Dans le cas où le mari se refusait à faire cette cession de bonne grâce, comme elle est obligatoire, on la tenait pour sous-entendue et on autorisait la femme à agir par voie de revendication *utile* (2). C'était là un procédé qui assurait à la loi Julia toute son efficacité ; sans la ressource de cette revendication utile, la nullité de l'aliénation n'eût pas été d'un bien grand secours pour la femme (3).

Dans ce court exposé de la loi Julia nous n'avons pas fait allusion à l'hypothèque du fonds dotal. C'est à dessein. La défense d'hypothéquer le fonds dotal, même avec le consentement de la femme est pour nous de date plus récente que la loi Julia. Ici encore Justinien a fait erreur dans ses Institutes (4). Les seuls textes classiques (5) qui visent la loi Julia, nous la

(1) L. 1 § 1 D. eod. tit.

(2) L. 77 § 5. D. de legatis 2^o XXXI. — L. 13. 3. de fundo dotali XXIII. 5.

(3) Demangeat op. cit. p. 332. — Gide p. 533. — Accarias, t. I, n^o 314, p. 783.

(4) Inst. II 8. pr.

(5) Gaius II. 63. — Paul, Sent. II. 21^b § 2.

présentent, tous deux, comme ayant seulement défendu au mari d'aliéner le fonds dotal, *invita uxore* : argument d'autant plus convaincant si l'on rapproche ces décisions, de ce fait qu'au temps d'Auguste l'hypothèque n'était guère usitée en Italie. Comment aurait-on songé à prohiber un acte qui n'était pas encore passé dans le domaine de la pratique habituelle ? L'incapacité pour la femme de valider, même par son consentement, la constitution d'hypothèque faite par son mari sur le bien dotal a une autre origine que la loi Julia ; elle se rattacherait soit aux édits d'Auguste et de Claude qui prohibèrent toute aliénation des femmes pour leur mari, soit au sénatus consulte Velléien qui défendit aux femmes, mariées ou non, d'intercéder pour autrui (1).

(1) En ce sens : Demang. op. cit. p. 209 — Accarias, t. I, p. 826. — G. Mayt II, p. 215. — Contra : Gide, p. 533.

CHAPITRE III

Du *privilegium dotis*.

Protégée contre les tiers acquéreurs et les créanciers hypothécaires du mari, la femme ne l'était pas contre les créanciers chirographaires ; elle pouvait toujours craindre que le mari dissipât la dot en contractant de nouvelles dettes, car les créanciers chirographaires étaient en droit de venir concourir avec la femme sur le fonds dotal lui-même. Pour éviter à la femme ce concours désastreux, on munit bientôt sa créance dotale d'un privilège.

A quelle date apparut ce privilège ? Le silence des textes ne permet pas de préciser. On peut toutefois conjecturer, à raison des motifs qui le rendirent nécessaire, qu'il est contemporain de la loi Julia (1). Un édit du préfet d'Égypte, Tiberius Julius Alexander, rendu sous le règne de l'empereur Galba (An. 68 ap. J.-C.) montre que le privilège de la femme existait déjà au temps d'Auguste (2).

Ce privilège consiste dans un simple droit de

(1) Cpr. Gide, p. 534. — Accarias, t. I, p. 754.

(2) Demangeat, op. cit., p. 83. — Cet édit fut découvert dans la Grande Oasis, au temple d'el-Khargeh, en 1818, par Fred. Cailliaud, voyageur français.

préférence à l'encontre des autres créanciers chirographaires du mari (1) et cette seule définition fait déjà pressentir des différences caractéristiques entre le *privilegium* romain et le privilège en droit français. D'après le Code civil, le créancier privilégié est préféré aux autres créanciers, même hypothécaires (Art. 2095 Civ) ; il est armé du droit de suite. A Rome, il ne possède aucun droit de suite ; il n'a qu'un simple droit de préférence *inter personales actiones* (2) et est primé par tout créancier hypothécaire même postérieur en date. Cependant à Rome, comme chez nous, ce n'est pas l'époque de la naissance du privilège qui donne le rang d'antériorité, c'est la faveur qu'il mérite aux yeux de la loi, d'après la qualité soit des personnes, soit des créances : « *Privilegia non ex tempore æstimantur, sed ex causa.* » Quant aux créanciers qui doivent leurs privilèges à une cause de même nature, ils concourent entre eux : « *Etsi ejusdem tituli fuerunt, concurrunt licet diversitates temporis in his fuerunt* » (3).

Le *privilegium dotis* n'appartenait pas qu'à l'*uxor* réclamant sa dot. On l'accorda à la fiancée qui a transféré la propriété de sa dot à son futur, lorsque celui-ci refuse ensuite de l'épouser (4). Ce que la *sponsa* a ainsi donné pour subvenir aux charges de l'union projetée, n'est pas une dot assurément ; elle ne pourra donc pas exercer l'action rei uxoriæ. La seule ressource qui lui est

(1) Gide, p. 534.

(2) L. 74. D. de jure dotium, XXIII. 3.

(3) L. 32 D. De reb. auct. jud. XLII. 5—L. 7. § 3 D. Depositi XVI 3.

(4) L. 74. D. de jure dotium XXIII. 3. — L. 17. 1. D. de reb. auct. jud. XLII. 5.

offerte pour reprendre ses apports, est une *condictio sine causa* ou une *condictio causa data, causa non secuta* qui ne sont ni l'une ni l'autre privilégiées. Mais on fit fléchir la rigueur des principes en faveur de la dot et du mariage et les jurisconsultes décidèrent que : « tametsi ipsa dotem » condicit, aequum videbatur, hanc ad privilegium admitti, licet nullum matrimonium contractum est » (1).

Même exception aux principes en faveur de la fille mineure de douze ans qui s'est mariée ; l'union ainsi contractée est nulle aux yeux de la loi. Ici encore il n'y a pas de dot à proprement parler et pourtant cette femme mariée avant l'âge requis, jouira du *privilegium dotis*, car « interest » reipublicæ, et hanc solidum consequi, ut ætate » permittente nubere possit » (2).

C'est ainsi que nous voyons encore Ulpien étendre le *privilegium dotis* à un cas où il n'y a ni mariage, ni dot véritable. Une femme s'est trompée sur la condition de son mari ; elle l'avait cru libre, lorsqu'il était esclave. Malgré cela, elle ne sera point victime de son erreur et elle aura, pour assurer le recouvrement de sa dot, un *quasi-privilegium in bonis viri*, de telle sorte que s'il y a d'autres créanciers « haec (la femme) praeferatur circa de peculio actionem ». Mais, si l'esclave est débiteur de son maître, la femme sera primée par le maître de son prétendu mari, si ce n'est sur les « res in dotem datae vel ex dote comparatae » parce qu'on traite ces choses comme dotales (3).

(1) L. 17. précitée D. XLII. 5.

(2) L. 18 D. De reb. auct. jud. XLII. 5.

(3) L. 22. 13. D. Solut. matrim. XXIV. 3 — Demangeat. Op. cit. p. 145.

Un des caractères les plus remarquables de ce privilège est d'être purement personnel à la femme, intransmissible, même à ses héritiers. Nous avons à cet égard un texte formel, la loi 1. C. de privilegio dotum (VII. 74) rendue en l'an 210 par les empereurs Sévère et Antonin : « *Scire debes privilegium dotis quo mulieres utuntur, in actione de dote ad heredem non transire.* » Cette décision est de tous points conforme aux principes. Il existe en effet deux sortes de privilèges, les uns fondés sur la qualité du créancier, les autres qui dérivent de la cause de la créance (1). Nul doute que le privilège de la femme ne rentre dans ceux de la première catégorie : nous avons déjà vu, à mainte reprise, que le but de la loi, en rendant privilégiée l'action de dot, était de favoriser les mariages, but irréalisable après le décès de la femme. Or, voici quelle était la règle applicable aux privilèges attachés à la personne : « *privilegia quae personae sunt ad heredem non transeunt* » (2).

C'est le degré de faveur que la loi accorde à tel ou tel privilège, et non sa date, qui en détermine le rang. Quel est celui du *privilegium dotis* ? En l'absence de textes et en présence des privilèges si nombreux qu'avait créés le droit romain, il n'est point possible de le fixer avec certitude. Le privilège de la femme, tout en étant parmi les privilèges un des premiers, n'occupait cependant pas la première place : « *ut contra omnes pene personales actiones habeant privilegia* », dit Justinien en parlant de l'ancienne action *rei*

(1) L. 196 D. de reg. juris. L. 17.

(2) L. 496 D. de reg. juris L. 17. — Demangeat. op. cit., p. 26 et 332.

uxoriae (1). Parmi les créances qui sont préférées à celle de la femme dotale, il faut citer tout d'abord celle des frais funéraires. Elle passe avant toutes autres. Le devoir de piété envers les morts et la salubrité publique le voulaient ainsi : « Quid- » quid in funus erogatur, inter aes alienum primo » loco deducitur » (2). Le privilège du fisc, sous l'empereur Auguste, passait après celui de la femme (3). Mais avec les exigences toujours croissantes de la fiscalité impériale, l'ordre fut interverti et la préférence resta au fisc : « Privi- » legium fisci est, inter omnes creditores, primum » locum tenere » (4). Venait également avant le privilège de la femme celui des frais de justice qui sont faits pour liquider le patrimoine et le convertir en argent (5).

Reste à savoir si la femme pouvait valablement renoncer à son privilège dotal. Pendant le mariage, elle n'en avait pas la faculté : le *privilegium dotis* a été créé dans un intérêt social ; c'est une institution d'ordre public et comme tel, il est soumis à la règle « *privata conventio juri » publico nihil derogat* » (6). D'ailleurs jusqu'à la dissolution du mariage la jurisprudence interdisait à la femme de modifier par aucun contrat son droit à la restitution de la dot. Le pacte par lequel la femme renoncerait à son privilège est

(1) L. 12. C. Qui pot. VIII, 18.

(2) Paul, Sent. I, 21 § 15. — L. 45 D. de religiosis XI, 7. — Demang., p. 154.

(3) Edit de Tiberius Julius Alexander, déjà cité.

(4) Paul, Sent. V, 12 § 10. — Demang., p. 154.

(5) L. 8. D. Depositi, XVI, 3.

(6) Paul, Sent. I, 1 § 6.

une convention de ce genre, une de celles dont le jurisconsulte Paul dit : « non semper voluntas » contrahentium servatur » (1). Mais une fois le mariage dissous et l'action rei uxoriae ayant enfin pris naissance, la femme peut faire novation avec son mari et par suite renoncer à son privilège : « Perit privilegium dotis, si post divortium in stipulationem deducatur » (2).

(1) L. 12, 1, D. de pact. dotal. XXIII, 4.

(2) L. 29 D. De Novat. XLVI 2. — Demang., op. cit., p. 29.

CHAPITRE IV

De l'hypothèque conventionnelle employée comme sûreté de la dot.

Nous venons d'indiquer dans une rapide esquisse quelles étaient les garanties que la loi romaine avait accordées à la femme pour la protection de sa dot. Ce système de garanties qui, au premier abord, peut paraître exagéré, présentait cependant de graves lacunes. En ce qui touche la dot *mobilière*, l'insuffisance était notoire. Le privilège de la femme, en effet, n'étant qu'un simple droit personnel, ne pouvait être opposé qu'aux créanciers chirographaires du mari, non à ses créanciers hypothécaires. Si le mari hypothéquait les meubles dotaux, la femme n'était plus protégée ni par la loi Julia, qui ne s'appliquait qu'aux immeubles, ni par son privilège, qui ne pouvait nuire aux créanciers hypothécaires. La dot consistait-elle en *immeubles* : la femme n'était pas à l'abri de tout danger et la loi Julia, tout en appuyant son privilège de sa rude prohibition, ne lui apportait qu'un secours incomplet. Car la loi Julia ne met pas l'immeuble dotal à l'abri des aliénations nécessaires, et si la femme était protégée contre les hypothèques dérivant de la

volonté du mari, elle ne l'était point contre celles qui ont leur origine dans la loi même, contre les hypothèques *légales*. Or les hypothèques légales, tant spéciales que générales, commençaient à devenir nombreuses en droit romain. Ainsi, par exemple, aux termes d'une Constitution de l'empereur Constantin (1), le pupille ou le mineur de vingt-cinq ans ont sur tous les biens présents et à venir de leur tuteur ou curateur une hypothèque générale et l'immeuble dotal qui fait partie du patrimoine du mari en est grevé comme tous ses autres biens. La femme, qui n'avait qu'un *privilegium inter personales actiones*, était donc primée sur tous les biens du mari, y compris l'immeuble dotal, par le pupille ou par le mineur (2).

Le privilège de la femme était loin d'ailleurs d'occuper le premier rang parmi les divers privilèges. Si, au temps de l'empereur Auguste, le privilège de la femme passait avant celui du fisc, devant les besoins de plus en plus pressants du Trésor impérial, il dut lui céder le pas. Ce privilège du fisc, déjà très important et très considérable, n'était point le seul qui fût préféré à celui de la femme, et, nous l'avons établi plus haut, ce serait seulement au quatrième rang qu'on verrait apparaître le privilège de la femme.

La pratique avait tenté de remédier aux insuffisances de la loi. Dans l'ancien droit, le mari fournissait à la femme des *cautions* pour

(1) L. 20. C. De admin. tut. V. 37.

(2) Demang., op. cit. p. 93.

sûreté de la restitution de la dot (1). Mais de bonne heure cette stipulation de garantie fut vue avec défaveur : « Se marier, c'est faire acte » de confiance ; exiger un *intercessor*, c'est » manifester de la défiance » (2). Aussi, une Constitution des empereurs Gratien et Valentinien, rendue en 381, défendit ces cautionnements. L'empereur Théodose renouvela cette prohibition dans une Constitution qui forme la loi unique au Code Théodosien *De fidejussoribus dotium* (III. 15).

Ce n'était pas la seule garantie spéciale que la future épouse exigeait lors des conventions matrimoniales. D'ordinaire, la femme se faisait consentir par le mari une *hypothèque* sur ses propres biens ou sur les choses dotales (3).

Cette sûreté offrait de réels avantages (4).

La convention d'hypothèque n'était soumise à aucune formalité ; c'était pour les Romains la plus libre des conventions ; aucune stipulation préalable n'était nécessaire ; le simple consentement des parties suffisait (5). On conçoit alors que la simplicité et la commodité de la garantie imaginée par le prêteur Servius, dans une hypothèse particulière et depuis restée célèbre (6), la firent bientôt généraliser et étendre à toute espèce d'obligation.

D'un autre côté la nature du droit que conférait

(1) Gaius. III, 25 — Demang., p. 31.

(2) Accarias, t. II, p. 353, note 2. — Jourdan, Etudes de droit Romain. L'hypothèque, p. 436.

(3) L. 1, C. De servo pignore dato, VII, 8.

(4) Demangeat, p. 30.

(5) L. 1 pr. D. de pign. act. XIII, 17, — L. 4 D. de pign, XX, 1.

(6) L. 32 D. de pign. et hyp. XX, 1.

l'hypothèque et ses puissants effets en faisaient une sûreté de premier ordre. Il suffit d'en reproduire la définition : c'est un droit réel sur un bien affecté à l'acquittement d'une obligation ; et ce caractère de droit réel, de *jus in re*, que reconnaissent formellement les jurisconsultes romains, marque déjà sa supériorité sur une garantie toute personnelle (1). Le créancier hypothécaire est armé de trois droits distincts : le droit de préférence, le droit de suite et le *jus distrahendi*, qui constituent autant de dérogations aux règles ordinaires du partage des biens d'un débiteur entre ses créanciers. — Par le *droit de préférence* le créancier hypothécaire échappe à la loi du concours et se paye sur le prix de la chose hypothéquée comme s'il était seul. Devant son *droit de suite*, tout détenteur de la chose hypothéquée doit la délaisser et toutes les aliénations et les constitutions de droits réels postérieurs à la naissance de l'hypothèque tombent par le fait même. Enfin le *jus distrahendi*, c'est-à-dire le droit de vendre individuellement la chose grevée, empêche le créancier de souffrir des lenteurs et des frais de la vente en bloc, comme aussi le débiteur d'en encourir l'infamie et le dommage (2).

Aucune difficulté s'il n'y a qu'une seule hypothèque sur la chose grevée. Mais comment déterminer les droits de chacun si l'on se trouve en présence de plusieurs créanciers hypothécaires sur une même chose ? Un classement est nécessaire

(1) L. 19 pr. D. de damno infecto, XXXIX, 2. — L. 11, D. de quib. modis, XX, 6

(2) Sur tous ces points, voy. Accarias, t. I, p. 728.

entre les divers créanciers et le droit romain avait pris pour base la date de la naissance de l'hypothèque et pour principe la règle suivante : *Prior tempore, potior jure* (1).

Les droits du créancier premier en date étaient vraiment considérables. Lui seul, a, d'une façon absolue, le droit d'intenter l'action hypothécaire et de procéder à la vente, dénouement presque fatal de toute constitution d'hypothèque (2). Il peut vendre sans avertir au préalable les créanciers postérieurs en rang : si les constitutions impériales (3) ordonnèrent une *proscriptio* et une *denunciatio* au débiteur, il ne fut jamais question d'une dénonciation aux créanciers postérieurs en rang que le créancier *prior* ignore, et pourtant ils ont un intérêt commun à ce que la chose soit bien vendue. C'était en outre une simple vente à l'amiable : les ventes publiques aux enchères n'étaient usitées que dans le cas de poursuite du fisc (4). Juge de l'opportunité de la vente, le premier créancier agit ou n'agit pas à son gré et le créancier postérieur ne peut en aucune façon s'immiscer directement dans l'exercice de ce droit pour hâter ou différer la vente ; ce n'est qu'indirectement qu'il peut empêcher une aliénation précipitée ou faite dans des conditions désavantageuses, en usant du *jus offerendæ pecuniæ* c'est-à-dire en remboursant le premier créancier et se mettant en son lieu et place. Qu'il se hâte d'ailleurs de jouir du bénéfice que la loi lui accorde ;

(1) L. 2 C. Qui pot. VIII, 18.

(2) L. 12 pr. D. Qui pot. XX, 4.

(3) L. 4 C. de distr. pign. VIII, 28.

(4) Jourdan, op. cit. p. 522.

car la vente une fois parfaite il sera privé du *jus offerendi* (5).

En réalité il n'y a que la vente consentie par le *creditor potior* qui purge la chose aux mains de l'acquéreur de toute hypothèque et le mette à l'abri de toute menace d'éviction (1). Si le créancier postérieur, usant de son droit de créancier, se trompe sur l'*ordo* et vend une chose grevée d'une hypothèque antérieure, celle-ci continue de subsister et le créancier préférable, tenant la vente pour non avenue, s'adressera au tiers détenteur. L'unique ressource, pour ce dernier, sera d'user, comme son ayant droit, du *jus offerendæ pecuniæ* ou d'intenter contre son vendeur une action en garantie (2).

La position du créancier second était donc des plus précaires et des plus désastreuses. Imaginez alors plusieurs créanciers hypothécaires de dates différentes et vous vous représenterez facilement le « droit de préférence sous la forme de duels en » nombre illimité, dans chacun desquels deux » créanciers se disputent la possession, sauf au » vainqueur à recommencer le lendemain, contre » un nouveau créancier, une lutte semblable, et » cela indéfiniment, jusqu'à ce que, après tant de » tiraillements, la possession demeure enfin ad- » jugée à celui qui prime tous les autres » (3).

D'où ce résultat : c'est qu'il importait, au premier chef, à tout créancier hypothécaire, soucieux d'avoir une garantie sérieuse, de savoir si son

(5) L. 3 pr. Dig. de distr. pig. XX, 5. — Jourdan, op. cit. p. 659.

(1) I.L. 6 et 8 C. Qui pot. VIII, 18. — Jourdan, p. 542.

(2) Jourdan, p. 659.

(3) Bonjean. Traité des Actions, t. II, p. 194.

hypothèque venait en premier rang, ou du moins en rang utile. Mais la règle *Prior tempore, potior iure* « très simple et très équitable en théorie, » devenait, dans la pratique romaine, une source » abondante de complications et de difficultés à » cause du caractère occulte des hypothèques » (1). De même que pour les transmissions de propriété, les Romains, en effet, n'avaient organisé aucune espèce de publicité pour les constitutions d'hypothèque. Impossible de constater avec certitude l'existence d'une hypothèque antérieure ; il fallait s'en rapporter à la bonne foi de son débiteur, en d'autres termes prêter son argent au hasard. La réforme tentée par l'empereur Léon, en 496, n'avait rien changé à cet état de choses (2), et, comme le dit très justement M. Accarias : « le régime hypothé- » caire romain resta, ce qu'il avait été à l'époque » classique, une conception admirable de justesse, » mais sans organisation pratique, comparable à » une horloge bien réglée dont le cadran ne mar- » querait plus les heures » (3).

L'hypothèque conventionnelle que le mari constituait sur ses biens ou sur les biens dotaux, pour garantir la restitution de la dot, pouvait donc, suivant les circonstances, offrir toute solidité ou n'être qu'un leurre. Mais son tort le plus grave était d'être laissée à la libre initiative des parties, d'être conventionnelle. Réclamer du futur mari une telle garantie, était certes de nature à blesser sa susceptibilité et « c'est surtout dans les rapports de

(1) Accarias, t. I^{er}, p. 748, n° 287 ter.

(2) L. 11. C. Qui pot. VIII. 18.

(3) Accarias, t. I^{er}, n° 287 ter, p. 748.

» mari à femme, quant aux biens, qu'il importe
» de substituer des garanties légales à des garan-
» ties conventionnelles, qui ne peuvent être récla-
» mées sans froissements » (1). Aussi, est-il permis
de conjecturer, en l'absence de tout document sur
ce point, que l'hypothèque conventionnelle au
profit de la femme avait partagé le sort du cau-
tionnement, et que, pour les mêmes motifs, l'usage
en avait été fort restreint, sinon presque aban-
donné.

(1) Jourdan, *op. cit.* p. 436.

DEUXIÈME PARTIE

Innovations de Justinien. — De l'hypothèque légale de la femme mariée.

Quoi qu'il en soit de la question de savoir si la pratique, suivie par les femmes, de se faire consentir par leurs maris une hypothèque pour sûreté de leur dot, était entrée dans les habitudes romaines, cette coutume contenait en germe une idée féconde en conséquences ; elle ne pouvait manquer d'arrêter l'attention d'un législateur, désireux de renforcer les garanties accordées à la femme pour la restitution de sa dot.

Le premier essai tenté en ce sens par Justinien date de l'année 529. Par la loi 30 C. de jure dotium (V. 12), il accorde à la femme une hypothèque privilégiée sur ses biens dotaux. Puis, en 530, il décide qu'une hypothèque générale sur les biens du mari garantira la restitution de la dot (1) et des créances paraphernales dont le mari avait touché le montant (2). Enfin, en 531, dans la célèbre constitution *Assiduis*, il déclare que désormais la femme aura pour le recouvrement de sa dot une hypothèque privi-

(1) L. unic. C. De Rei uxoriae. V. 13.

(2) L. 11. C. de pactis conv. V. 14.

légiée opposable à tous les créanciers hypothécaires du mari, même antérieurs au mariage, et une hypothèque générale pour la réalisation de la donation *propter nuptias* (1).

Il ne faudrait pas croire que Justinien en organisant ces sûretés énergiques au profit de la femme voulût continuer l'œuvre d'Auguste et poursuivre le but de ce prince. Ses aspirations sont tout autres. « Tout est renouvelé, la forme » comme le fond, dans les lois des Césars de » Bysance : l'ancien droit poussait au mariage, » le nouveau droit pousse au célibat ; l'ancien » droit proclamait la liberté du divorce, le nouveau droit déclare le mariage indissoluble » (2). Quelle était la cause de cette rénovation dans les idées et les mœurs romaines ? Gide l'a fait ressortir en un très beau langage : « L'Evangile » s'était propagé à travers le monde, la morale » du Christ avait pénétré profondément dans la » société antique et opéré un changement radical » dans les mœurs et dans la législation. Sorti » victorieux des catacombes, le christianisme est » devenu la religion de l'Empire ; les évêques » remplacent dans les conseils du prince les disciples de l'ancienne philosophie » (3). — « Si » l'Empereur païen, dit ailleurs Gide, que nous » ne pouvons mieux faire que de citer, assurait » la conservation de la dot, c'était pour faciliter » à la femme une série de mariages successifs » à travers une série de divorces ; mais Justinien, » loin de favoriser les secondes noces, les réprou-

(1) L. 12 C. Qui potior. VIII, 18.

(2) Gide, p. 185.

(3) Ibid., p. 185.

» ve à l'exemple de l'Eglise et n'a de faveur
» que pour la viduité » (1). De plus, aux idées
antiques qui ne voyaient dans la puissance pater-
nelle, qu'une souveraineté organisée dans l'inté-
rêt du père de famille, la loi, s'inspirant de la
religion nouvelle, a substitué un principe inconnu
jusqu'alors : celui de la réciprocité des affections
et des devoirs. Et désormais ce principe sert de
base à l'organisation de la famille et aux rap-
ports entre l'époux et l'épouse, les parents et les
enfants. « La dot, sous les empereurs chrétiens,
» n'est plus seulement la propriété des deux
» époux ; c'est le patrimoine commun du ménage,
» c'est une sorte de réserve que la loi assure
» aux enfants, et qu'ils retrouveront intacte mal-
» gré les dissipations et la ruine de leur fa-
» mille. » (2).

Nous étudierons les différentes hypothèques
créées par Justinien successivement, dans l'ordre
de leur apparition ; de cette façon nous pour-
rons mieux apprécier le but et l'utilité des inno-
vations apportées par le législateur, la marche
ascendante qu'il a suivie dans la voie de la pro-
tection. A propos de chacune d'elles, nous pré-
ciserons la nature et l'étendue des droits qu'elles
conféraient à la femme. Puis dans deux chapi-
tres distincts nous traiterons séparément, à cause
de l'importance du sujet, du rang de l'hypothè-
que privilégiée de la femme et de la renoncia-
tion à cette hypothèque.

(1) Ibid, p. 189.

(2) Gide., p. 189.

CHAPITRE PREMIER

De l'hypothèque privilégiée sur les biens dotaux.

C'est dans la loi 30 au Code, *de jure dotium* (V. 12) qu'il est fait mention de cette hypothèque. Voici, dans cette constitution, point de départ de toutes les innovations de Justinien en cette matière, le passage qui nous concerne. Il est ainsi conçu : • In rebus dotalibus sive mobilibus, sive » immobilibus, seu se moventibus, si tamen extant, » sive aestimatae, sive inaestimatae sint, mulie- » rem in his vindicandis omnem habere post » dissolutum matrimonium praerogativam jube- » mus, et neminem creditorum mariti, qui ante- » riores sunt, posse sibi potiore causam in his, » per hypothecam vindicare, cum eadem res et » ab initio uxoris fuerint, et naturaliter in ejus » permanserint dominio. Non enim, quod legum » subtilitate transitus earum in patrimonium » mariti videatur fieri, ideo rei veritas deleta vel » confusa est. Volumus itaque eam in rem actio- » nem in hujus modi rebus quasi propriis habere, » et hypothecariam omnibus anteriorem possidere : » ut sive ex naturali jure ejusdem mulieris res » esse intelligantur, sive secundum legum subti- » litatem ad mariti substantiam pervenisse videan-

» tur, per utramque viam, sive in rem, sive hypo-
» thecariam, ei plenissime consulatur. »

Nous traduisons ce texte difficile de la manière suivante :

« En ce qui concerne les choses dotales,
» qu'elles soient mobilières ou immobilières, ou
» se mouvant d'elles-mêmes, pourvu qu'elles exis-
» tent encore, qu'elles soient estimées ou non,
» nous ordonnons que la femme ait toute préfé-
» rence pour les revendiquer après la dissolution
» du mariage, et qu'aucun créancier du mari,
» fut-il antérieur en date, ne puisse prétendre
» avoir sur elles une hypothèque préférable à la
» sienne : ces choses n'appartenaient-elles pas à la
» femme dans le principe et au point de vue du
» droit naturel, n'ont-elles pas continué de lui
» appartenir. Sans doute, si l'on suit la subtilité
» des lois, elles ont, semble-t-il, passé dans le
» patrimoine du mari, mais la réalité des choses
» n'en a pas été pour cela détruite ou obscurcie.
» Aussi nous voulons que la femme ait une action
» *in rem* sur les choses dotales, comme si elles
» étaient siennes, et une action hypothécaire pré-
» férable à toute autre : en sorte que, soit qu'en
» vertu du droit naturel on considère ces objets
» comme appartenant à la femme, soit que sui-
» vant la subtilité des lois on les regarde comme
» passés dans le patrimoine du mari, par l'une
» ou l'autre de ces deux voies : revendication,
» action hypothécaire, on procure à la femme une
» complète sécurité. »

Ainsi donc Justinien accorde à la femme mariée un double avantage : 1° une action réelle pour

revendiquer les objets dotaux comme s'ils étaient restés sa propriété ; 2° une action hypothécaire privilégiée sur ces mêmes objets, c'est-à-dire primant celle des créanciers antérieurs du mari ; A la dissolution du mariage la femme optera pour l'un ou l'autre de ces moyens qui, selon les circonstances ou ses désirs, lui paraîtra devoir assurer le mieux le recouvrement de sa dot (1).

Au point de vue doctrinal, cette décision ne laisse pas que d'être contradictoire et il est impossible de la justifier. De deux choses l'une, en effet, ou la femme est propriétaire de la dot ou elle ne l'est pas. Si elle est propriétaire, elle ne peut avoir une action hypothécaire sur ses propres biens, et dans le cas contraire il lui faut refuser l'action en revendication : comment concilier ces deux droits, droits de revendication et droits d'hypothèque, l'un impliquant que la femme est propriétaire, l'autre qu'elle ne l'est pas (2). Justinien a bien aperçu cette anomalie et il n'a pas essayé de la faire disparaître. Ce qu'il veut avant tout, c'est protéger la dot d'une façon pleinement efficace, et, sans tenir compte des conceptions théoriques qui lui semblent des subtilités, il accorde à la femme les sûretés réelles les plus énergiques. Maintenant, à ceux qui voudraient une explication juridique, il fournit une double réponse, et, non sans malice, leur laisse le choix, comme il le laisse à la femme : au point de vue du droit naturel et de l'équité, on peut considérer la femme comme ayant conservé la propriété des biens

(1) Accarias, t. I^{er}, p. 828.

(2) Accarias, *ibid.*

dotaux et alors elle revendiquera ; quant aux observateurs rigoureux des règles du droit qui n'acceptent pas cette considération tirée de la nature même des choses, qu'ils n'envisagent dans la femme que la créancière hypothécaire (1). Ce dernier point de vue était un hommage rendu au principe de la perpétuité de la dot, à ce vieux dogme juridique qui devenait de plus en plus en désaccord avec les faits sociaux et les aspirations nouvelles (2). Sans jamais oser le renverser ouvertement, Justinien cherchera toujours à l'éluder dans ses applications et à en atténuer la portée pratique.

Si l'on se place sur le terrain des faits et de la protection due à la femme, on est obligé de reconnaître que la réforme de Justinien comblait heureusement certaines lacunes que nous avons précédemment signalées dans le système des garanties de la dot. La loi vient au secours de la femme avec ce caractère impersonnel qui ne permet pas à la susceptibilité de s'irriter de ses prescriptions. La femme n'a plus à redouter d'autre hypothèque légale grevant le fonds dotal du chef du mari et préférable à la sienne. Bien plus, tandis que le défendeur à l'action hypothécaire peut garder la chose au moyen du *jus offerendæ pecuniæ*, la femme pourra désormais, en agissant par la revendication, espérer recouvrer ses apports en nature.

Accorder la revendication ou une hypothèque

(1) Accarias, t. I^{er}, p. 329. — Cpr. Labbè. — dans Ortolan, Législation romaine, 12^e édition, t. II, appendice IV, page 937.

(2) Voy. Jourdan, p. 435.

privilégiée aboutissant à peu près aux mêmes résultats, n'était point une innovation aussi hardie qu'elle paraît l'être au premier abord. Autrefois, lorsqu'un immeuble dotal avait été aliéné par le mari contrairement à la loi Julia, le Préteur permettait à la femme d'agir par voie de revendication *utile*. En donnant la revendication ou en ajoutant à l'hypothèque le privilège, Justinien en réalité ne faisait encore que consacrer législativement un usage préexistant; il n'avait eu qu'à se souvenir. Mais dorénavant la femme aura une action directe et les cas dans lesquels elle pourra l'exercer seront plus nombreux.

On a nié pourtant que la double modification opérée par Justinien fût bien telle que nous venons de la décrire, et Gide s'est refusé à voir dans les droits conférés à la femme par la loi 30, et un véritable droit de propriété, et un véritable droit d'hypothèque. Nous n'envisagerons la question qu'au point de vue du droit d'hypothèque, le seul qui fasse l'objet de notre étude.

Voici les raisons qui paraissent décisives au savant auteur, pour contester, au droit accordé à la femme mariée par la loi 30, le caractère d'une véritable hypothèque : « Il faut, dit Gide, distinguer dans la loi 30 deux parties bien différentes : » la première, qui finit aux mots *hypothecam* » *vindicare* est le *dispositif* de cette loi ; la » seconde, qui commence aux mots *eadem* » *res*, n'en contient que les *motifs* » (1). Cette seconde partie, continue Gide, n'ajoute rien à la première, elle ne renferme que de simples consi-

(1) Gide, p. 536 et suiv.

dérations théoriques destinées seulement à expliquer cette nouveauté sans précédent « d'une femme » l'emportant sur tous les créanciers hypothécaires, » sans avoir elle-même ni hypothèque, ni aucun » droit réel. » Quant à la première partie, « le droit » conféré à la femme y est nettement défini, c'est » une *praerogativa*, c'est-à-dire une simple priorité » de rang. » La loi ne se place d'ailleurs qu'en présence de créanciers hypothécaires et non de tiers détenteurs ; elle n'a pour objet que des biens non aliénés. Pas de droit de suite ; dès lors simple privilège, sans droit d'hypothèque. Que l'on consulte la loi unic. C. de *rei uxoriae actione* (V. 13) : cette loi, qui a été promulguée l'année suivante, en 530, loin de se référer à la loi 30, présente au contraire l'hypothèque légale de la femme comme une création sans précédent, et, si en 529 Justinien avait véritablement accompli l'innovation considérable qu'on lui prête, il ne se fût par contenté, pour l'annoncer, de « glisser dans une phrase diffuse le » mot *hypothecaria* » (1).

Malgré l'autorité de Gide et les arguments qu'il présente, arguments qui peuvent séduire à première vue, nous nous rangeons à l'opinion commune. Remarquons tout de suite que la dernière assertion de Gide est inexacte. C'est par deux fois que Justinien emploie dans sa Constitution le mot *hypothecaria* et la phrase en particulier qui contient ces expressions nous semble, au point de vue de la clarté, défier tout

(1) Gide, p. 539, et sur toute cette question les pages qui précèdent.

reproche (1). Nous démontrerons tout à l'heure que la loi 30 vise également le cas où les biens dotaux ont été aliénés. Quant à la distinction proposée entre les deux parties de la loi, elle est purement arbitraire et le texte ne la supporte pas un seul instant ; car alors il faudrait faire abstraction complète du passage *Volumus itaque eam...* Or, certes, c'est là assurément une disposition toute positive, conçue en termes impératifs et n'offrant, en aucune façon, le caractère ni d'une considération théorique, ni d'une fiction. Et puisque le texte s'impose, quel sens donner à l'expression *hypothecariam* de la loi 30 si l'on adopte le système de Gide. A coup sûr, ce système a l'avantage de faire disparaître l'étrange contradiction d'une femme jouissant à la fois d'un droit de revendication et d'un droit d'hypothèque : cette contradiction n'avait pourtant pas arrêté Justinien qui l'avait remarquée. Mais, en revanche, avec l'opinion de Gide, la loi 30 présente alors « cette singulière anomalie d'accorder à la femme la préférence sur des créanciers hypothécaires, sans lui accorder une véritable hypothèque » (2) ; ce qui n'est pas mieux. Et cette anomalie, Justinien ne l'a point voulue.

M. Jourdan paraît, lui aussi, partager la manière de voir de Gide. Il caractérise ainsi le fond de la décision de Justinien : « La femme pourra réclamer par une action réelle les objets dotaux qui se

(1) « *Volumus itaque eam... et hypothecariam omnibus anteriorem possidere* » et quelques lignes plus loin « *sive in rem, sive hypothecariam.* »

(2) Gide, p. 541.

» trouvent encore dans le patrimoine du mari, au
» moment où s'ouvre l'action rei uxoriæ, sans avoir
» à redouter le concours des créanciers auxquels
» le mari avait conféré une hypothèque sur ces
» mêmes objets (1); » et plus loin : « On a dit que
» Justinien accorde à la femme, à son choix, soit
» une revendication, soit une hypothèque spéciale
» sur tel ou tel objet. Cela n'est pas exact (2). »
Quant à la concession d'une hypothèque ce serait
une « explication théorique. » Mais M. Jourdan ne
nous donne point les motifs qui lui permettent
d'aboutir à une telle conclusion et nous ne pouvons
que répéter que le texte de la Constitution se refuse
à une telle interprétation.

D'un autre côté, est-il plus juste d'affirmer,
avec Demangeat, que « l'objet principal » de notre
loi 30, « la question de beaucoup la plus impor-
» tante » aux yeux de Justinien était la création
de l'hypothèque légale et que la concession de la
revendication n'arrive en quelque sorte que « d'une
» manière subsidiaire » (3)? Nous ne le pensons
pas. Justinien n'a qu'un but : donner à la femme une
garantie pleine de sécurité — *plenissime consulatur*
— et ce but, il le poursuit en dépit de toutes les
règles plus ou moins subtiles des lois. Peu importe
le procédé qu'il emploie : action en revendication
ou action hypothécaire. Il ne fait pas de différences :
per utramque viam sive in rem sive hypothecariam.
C'est inconciliable ! Sans doute : nous nous
sommes déjà expliqués à cet égard. Au surplus

(1) Jourdan, p. 436.

(2) Jourdan, p. 438.

(3) Demangeat, p. 88 et p. 96. — Voy. aussi p. 100.

qui pourrait s'en étonner ! il y a longtemps que les empereurs byzantins nous ont habitués à ne pas rencontrer dans leurs œuvres législatives cette application rigoureuse des principes, ces déductions savantes, en même temps que cette pureté de formes, qui ont fait la gloire de la jurisprudence classique. Quant aux premières phrases de la loi 30, elles ne sont pas, à notre avis, uniquement relatives à la concession d'une hypothèque privilégiée et ce n'est pas seulement à partir des mots *Volumus itaque eam....* que Justinien accorde à la femme une action en revendication. L'action en revendication apparaît dans le texte dès le début de la loi et c'est à elle incontestablement que fait allusion le membre de phrase « *mulierem in his vindicandis..... praerogativam jubemus* ». A n'en pas douter il y a dans cette loi deux parties qu'on peut regarder l'une comme l'exposé des motifs, l'autre comme le dispositif. Mais, pour nous, le dispositif se trouve à partir des mots *Volumus itaque eam....* et dans cette partie, Justinien qui est coutumier de ces sortes d'amplifications, ne fait que répéter ce qu'il nous a déjà dit, en précisant davantage sa pensée et en la revêtant cette fois des termes techniques. Les mots « *eam hypothecariam omnibus anteriorem* » possidere » ne sont-ils pas le résumé de ces mots de la première partie : « *et neminem creditorum mariti, qui anteriores sunt, posse sibi potius causam, in his per hypothecam vindicare.* » L'explication que Justinien donne ensuite de sa réforme est conçue dans les mêmes termes que quelques lignes plus haut ; l'idée

suit une marche absolument identique et le « sive » ex naturali jure..... ad mariti substantiam » pervenisse videantur » n'est évidemment que la traduction du passage « cum eaedem res.....in » » patrimonium mariti videantur ». Et si ce parallélisme entre les deux parties de la loi 30 est vrai, comment ne pas reconnaître dans le passage « eam in rem actionem in hujus modi rebus » quasi propriis habere » comme un écho fidèle et une reproduction exacte du « mulierem in » his vindicandis omnem habere post dissolutum matrimonium praerogativam jubemus » (1). Le mot *vindicandis* vient lui-même à l'appui de cette interprétation. Quant au mot *praerogativam*, qu'on serait tenté de nous objecter, c'est une de ces expressions vagues et indécises, sans valeur juridique, pouvant faire allusion à cette concession de la revendication qui était, en somme, une faveur marquée, et un privilège d'une certaine importance.

SUR QUELS BIENS PORTAIT L'HYPOTHÈQUE PRIVILÉGIÉE. — « *In rebus dotatibus*, dit la loi 30, *sive mobilibus, sive immobilibus, seu se moventibus, si tamen extant, sive aestimatae, sive inaestimatae sint.* » Il semble qu'en présence d'un texte aussi général, toute équivoque soit impossible, mais des explications sont nécessaires et nous saurons alors ce qu'il reste de cette longue énumération où toute distinction est bannie.

L'hypothèque privilégiée établie par la loi 30 grève les biens apportés au mari *dotis nomine*

(1) *Contrà* Demangeat, p. 96 : les mots « mulierem in his vindicandis » se réfèreraient à l'action hypothécaire.

et ces biens-là seulement : limitation qu'il ne faut pas perdre de vue et qu'a totalement oubliée la Cour de Cassation dans une application assez curieuse de cette constitution de Justinien (1).

Il ne faut pas, non plus, prendre le mot *res dotalis* au pied de la lettre et dans son sens étroit. Il suffit que la chose soit acquise au mari *dotis causa*, A cet égard, plus de distinction à faire suivant que la chose a été ou non estimée. Quand il y avait eu estimation, par application de principe *estimatio facit venditionem*, le mari était considéré comme un acheteur, et ce qui était dotal, c'était le prix de la vente, le montant de l'estimation ; à vrai dire, il n'y avait pas de bien dotal (2). Il est fait dérogation à cette règle et la chose dotale estimée n'en est pas moins grevée au profit de la femme de l'hypothèque privilégiée.

L'hypothèque privilégiée frappe-t-elle également la chose achetée par le mari *ex pecunia dotali* ? Pas de doute s'il s'agit de choses acquises avec l'argent dotal par le mari, du consentement de la femme qui veut changer l'objet de sa dot ; dans ce cas, la chose achetée devient véritablement dotale (3). S'agit-il de choses achetées *ex pecunia dotali* sans le consentement de la femme : elles ne deviennent pas dotales. Le

(1) Cass. 24 juillet 1841 — Voir cet arrêt dans Troplong. Priv. et Hyp. t. II, p. 505. « Vu la loi 30 au code de jure dotium — dit » la cour de cassation — considérant.... que la loi romaine » donne à la demanderesse, à raison de ses biens dotaux aliénés, et l'action révocatoire des dits biens, et l'action hypothécaire sur les biens de son mari. »

(2) L. 10, 4. D. de jure dotium. XXIII, 3. — L. unic. 15 C. de rei uxoriae.

(3) Pellat. Textes sur la dot, p. 239. — L. L. 26 et 27. D. de jure dotium, XXIII, 3.

mari peut disposer de l'argent à son gré ; il en est propriétaire et ne doit à la dissolution du mariage, qu'une somme pareille ; les choses ainsi acquises lui sont acquises irrévocablement (1). Et cependant nous adopterons la même solution que dans le cas précédent et nous déciderons que ces choses achetées *ex pecunia dotali* sont grevées de l'hypothèque privilégiée. Même au temps des jurisconsultes classiques, on assimile les choses achetées avec l'argent dotal aux choses dotales, quand il s'agit de les affecter au paiement intégral de la dot de la femme : « Non praeferatur mulier, nisi in » his tantum rebus quæ vel in dote datæ sunt, *vel » ex dote comparatæ, quasi et hæc dotales sint* (2). » Cette décision, Ulpien l'applique, il est vrai, à une situation particulière, mais il ne nous la présente point toutefois comme étant elle-même exceptionnelle ; elle est fort raisonnable et conforme à l'équité. Pourquoi ne pas l'étendre par analogie de motifs ? Et ne sommes-nous pas ici en présence d'un cas de répétition de la dot ? Nous serions bien tentés d'invoquer en ce sens la proposition si discutée de Gaius : « *Res quæ ex dotali pecunia comparatæ sunt, dotales esse videntur* (3). » Etait-ce une règle générale ou seulement un motif à l'appui d'une décision particulière ? On ne saurait le préciser et Pellat, en donnant à cette décision, une application toute spéciale, tirée de la rubrique du fragment de Gaius avoue « qu'elle est très conjecturale et qu'il la hasarde avec beaucoup de dé-

(1) L. 42 D. de jure dotium, XXIII, 3.

(2) L. 22, 13 D. de solut. matrim. XXIV, 13.

(3) L. 54 D. de jure dotium, XXIII, 3.

» fiance (1). » Il est cependant difficile de méconnaître que la similitude frappante des décisions d'Ulpien et de Gaius ne soit dénuée de force ; peut-être pourrait-on en induire que la portée du texte de Gaius est plus générale que ne l'indique Pellat. Quoiqu'il en soit sur le point de savoir quelle était la véritable pensée de Gaius, et si la commission présidée par Tribonien, en insérant ce fragment de Gaius dans les Pandectes, ne l'a pas dénaturé pour lui donner un sens en harmonie avec la loi 30 de Justinien (2), la Constitution de l'an 531 (3) montre clairement qu'en l'année 529 l'assimilation des choses dotales et des choses achetées avec l'argent dotal était complète. Voici, en effet, comment elle s'exprime : « Quum in personalibus » actionibus . . . tali privilegio utebatur res uxoria, » quapropter non in hypotheca hoc mulieri etiam » nunc indulgemus beneficium, *licet res dotales, vel* » *ex his aliae comparatae*, non exstent ? » C'est donc que dans la pensée de l'empereur, la femme avait déjà une hypothèque privilégiée non seulement sur les choses dotales (comme le dit la Constitution de 529) mais encore sur les choses acquises avec l'argent dotal (4). Il faut même aller plus loin et outre les choses *ex pecunia dotali comparatae* considérer comme choses dotales les biens acquis avec une chose dotale quelconque (mobilière ou immobilière estimée). Les termes généraux de la constitution *Assiduus* : *Licet res dotales vel ex his aliae comparatae* » ne comportent pas de restriction.

(1) Pellat, op. cit., p. 246.

(2) En ce sens Pellat, op. cit., p. 243.

(3) L. 12, 1. C. Qui potior. VIII, 18.

(4) En ce sens Pellat, op. cit. p. 244.

Bien entendu, la chose dotale ou réputée telle devra être susceptible d'hypothèque. Le droit romain est d'ailleurs très large à cet égard. Sauf de rares exceptions, concernant notamment le droit d'usage ou d'habitation, les servitudes urbaines, on peut hypothéquer à peu près tout ce qui est dans le commerce : meuble ou immeuble, droit de créance, esclave, animaux, etc. (1). C'est à ces derniers que Justinien fait peut-être allusion lorsqu'il écrit : « sive mobilibus, » sive immobilibus, *seu se moventibus*. » Il n'y a pas à distinguer s'il s'agit de meubles ou d'immeubles, de meubles morts ou de meubles vifs. Sont-ce des *res dotales* : il suffit ; l'hypothèque privilégiée les atteint.

Le mari a reçu en dot un troupeau : le mari, comme l'usufruitier, doit entretenir la propriété du troupeau au complet et remplacer les animaux morts par ceux qui viennent de naître (2). Il pourrait donc arriver que le troupeau fût totalement renouvelé. Cette circonstance n'empêchera pas l'hypothèque privilégiée de persister. Ce qui est hypothéqué, en effet, ce n'est pas telle ou telle bête déterminée, mais une collectivité, un ensemble, une *universitas facti* (3). Mais si nous supposons que le croît dépasse les vides faits dans le troupeau, et qu'une fois le troupeau remis au complet, il y ait un excédant, l'hypothèque privilégiée portera-t-elle également sur l'excédant ? En

(1) Accarias, t. I, p. 728 et suiv.

(2) L. 10, 3 D. de jure dotium, XXIII, 3.

(3) L. 13 pr. D. de pignor. XX, 1.

faveur de la négative, on pourrait dire : dans cette hypothèse, le mari garde l'excédant comme fruits, attendu que les fruits de la dot lui appartiennent : « *residuum in fructum maritus habeat, quia fructus ad eum pertineat* (1). ». Le mari n'est point soumis à la restitution de cet excédant ; ce n'est donc pas une *res dotalis* ; par suite, pas d'hypothèque privilégiée qui le grève. Malgré ce raisonnement, nous ne sommes pas porté à croire que la disposition de la loi 10, § 3 précitée doive faire échec au principe général que nous venons de rappeler : l'hypothèque privilégiée, au moment où elle s'est établie, frappait un troupeau, une collection d'objets ; or le troupeau ne change pas, parce que le nombre des têtes de bétail s'accroît ou diminue ; dès lors on n'aura pas à se préoccuper des modifications qu'il a subies (2).

Les mêmes solutions s'imposent lorsque la dot comprend un magasin, un fonds de commerce, une *taberna*. Si les époux continuent le commerce, les marchandises seront plusieurs fois renouvelées, l'hypothèque privilégiée de la femme frappera les marchandises qui se trouveront dans le magasin, achetées en remplacement des marchandises primitives (3).

Si c'est tel animal déterminé qui a été constitué en dot, l'hypothèque s'éteindra par sa mort, sans que le croît le puisse remplacer : la femme perdra son hypothèque privilégiée. Le croît des

(1) L. 10, 3 D. de jure dotium, XXIII, 3. — Voy. Pellat, op. cit. p. 100.

(2) L. 13 pr. D. de pignor. XX, 1. — Jourdan, p. 260.

(3) L. 34 pr. D. XX, 1. — Cpr Jourdan, op. cit. p. 258.

animaux est considéré comme un fruit : « *Fœtus dotatium pecorum ad maritum pertinent quia fructibus computantur* (1) ».

En nous demandant maintenant s'il faut appliquer les mêmes principes aux enfants nés, pendant le mariage, d'une esclave dotale, nous ne ferons que suivre l'habitude des jurisconsultes romains qui ne séparaient jamais ces deux sortes de choses : le croît des animaux et le part des esclaves. En principe, ils les mettaient sur la même ligne. Et pourtant, mûs, soit par un sentiment de délicatesse morale assez contradictoire avec leurs idées générales sur l'esclavage (2), soit par un motif purement juridique (3), les Romains avaient posé, à cet égard, une différence. Tout en regardant la femme esclave comme une chose, ils ne considéraient pas l'enfant comme un fruit, tout aussi bien que le veau. Les enfants de l'esclave sont des produits, des accessoires, et nous appliquerons au part des esclaves la règle que l'hypothèque frappe tous les accessoires de la chose (4). Peu nous importe que l'esclave dotale ait été ou non estimée : au point de vue de l'hypothèque privilégiée, Justinien ne tient plus compte de l'estimation (5).

Si le mari a reçu en dot un *nomen*, un droit de créance sur un tiers, il n'est pas douteux

(1) L. 10. 3 D. XXIII, 1. — Voy. aussi Demangeat, op. cit., p. 90.

(2) L. 23. 1. D. de usuris XXII, 1. — Inst. de divisione rerum, II, 1 § 37.

(3) L. 27. D. de hered. pet. V. 3. — Voy. aussi Pellat, op. cit., p. 100.

(4) L. 29. 1. D. de pign. et hyp. XX. 1. — L. 1 C. VIII, 25. — Accarias, t. I, p. 740, note 2.

(5) Frag. Vatic., § 114. — Pellat, op. cit., p. 108. — L. 30 C. de jure dotium, V. 12.

que ce *nomen* sera grevé de l'hypothèque privilégiée de la femme ; c'est en effet une *res dotalis* et il n'y a qu'à suivre les principes généraux sur le *pignus nominis*. A la restitution de la dot, la femme pourra vendre le *nomen*, s'il existe encore, ou exiger du débiteur le paiement, si l'échéance est arrivée. Dans ce cas, il faut refuser au mari le droit de faire *acceptilatio* au débiteur sans le consentement de la femme. On peut invoquer en ce sens par analogie la loi 1. C *De servo pign. dato manum*. (VII. 8.) (1) ; il est nécessaire que le mari ne puisse contre le gré de sa femme, la dépouiller de son hypothèque. Le débiteur se libère-t-il en payant pendant le mariage : si l'objet de la dette est un corps certain, l'hypothèque privilégiée de la femme passera sur cet objet. S'agit-il au contraire d'une quantité, d'une somme d'argent, la femme ne pourra pas se payer dès à présent, puisqu'en principe elle ne peut pas recouvrer sa dot en tout ou en partie *constante matrimonio*. Mais l'hypothèque privilégiée subsistera sur cette somme d'argent, si elle se retrouve à la dissolution du mariage : nous ne faisons qu'étendre la règle expliquée plus haut qui fait considérer comme dotaux les biens acquis avec des valeurs dotales (2).

Nous arrivons maintenant à une question des plus délicates : le mari a aliéné le bien dotal, meuble ou immeuble ; cette aliénation prive-t-elle

(1) La loi 49 D. de jure dotium XXIII, 3 est ainsi tacitement abrogée par la constitution de Justinien.

(2) Demangeat, op. cit., p. 92.

la femme du droit d'user de son hypothèque privilégiée ? la femme en ressent-elle le contre-coup ou au contraire peut-elle invoquer son hypothèque privilégiée, contre les tiers acquéreurs ; en d'autres termes, a-t-elle le droit de suite ? Les interprètes sont divisés sur ce point. Pour Gide le droit conféré à la femme par la loi 30 C. de jure dotium (V. 12) « ne s'exerce que sur les biens qui sont encore » dans le patrimoine du mari, et non sur les biens « aliénés ; il ne s'exerce que contre les créanciers » chirographaires ou hypothécaires du mari et « non contre les tiers détenteurs » (1). C'était aussi l'opinion de M. Accarias : « il faut dire » également que l'hypothèque, telle qu'elle résulte « de cette constitution, ne permet pas à la femme » d'atteindre les biens jusque dans les mains des « tiers acquéreurs » (2). On argumente en ce sens des mots « *si tamen extant* » qui se trouvent au début de notre loi. Que veulent-ils dire et quel en est le sens exact et la portée ? Deux traductions sont possibles : ces mots signifient ou bien « *si les choses dotales existent encore* » ou bien « *si ces choses sont encore dans le patrimoine du mari* ». La première est sans contredit la plus simple, celle qui se présente tout naturellement à l'esprit. Pour la rejeter et admettre la seconde, qui est exceptionnelle, il faut des raisons décisives. On a invoqué, pour la faire prévaloir, la

(1) Gide, p. 537.

(2) Accarias, t. 1^{er}, 3^e édition, p. 785. — Est-ce encore l'avis de M. Accarias ? Il est permis d'en douter. Dans sa 4^e édition (t. 1^{er}, p. 829), M. Accarias a supprimé le passage que nous reproduisons au texte, et il convient (ibid., p. 830, note 2), que la traduction des mots *si tamen extant*, par « si ces choses sont encore dans le patrimoine du mari » n'est pas absolument sûre.

loi 12, 1, C. *Qui pot.* (VIII, 18) et la loi 6, 3, C. *de Secundis Nuptiis* (V, 9) (1). Mais ces textes ne nous semblent pas probants : le mot *extare* y est toujours pris dans un sens très général et comprend toute espèce d'hypothèses. Dans la loi 12 précitée, les mots *res extantes*, s'ils sont opposés aux mots *res dissipatae*, le sont aussi aux mots *res consumptae* : le mot *extare* y fait donc allusion aussi bien à une chose qui n'a pas été détruite, qui est encore *in naturâ rerum*, qu'à une chose qui n'a pas été aliénée. Quant à l'argument tiré de la loi 6, 3, C. de Sec. nuptiis (V. 9) il prouve trop, car dans cette loi l'expression *res extantes* s'entend même des choses qui n'ont pas été hypothéquées : « Extantes autem praedictas res, si non » fuerint alienatae, vel consumptae, vel *suppositae*, » licebit liberis vindicare ». Or, si l'on adopte le mot *extare* avec le sens que lui donne la loi 6, il s'ensuit forcément que la femme ne pourra désormais exercer son hypothèque privilégiée sur les biens dotaux hypothéqués : résultat inadmissible. Le but de la loi 30 est précisément de permettre à la femme d'avoir une hypothèque préférable aux autres hypothèques constituées sur les biens dotaux. Pour nous, ces mots *res extant* doivent garder leur sens naturel ; ils n'ont pas l'importance qu'on leur prête et pourraient être omis sans que la loi en souffrît. On objecte, il est vrai, que la condition *si res extant* serait par trop naïve, s'il fallait l'entendre de l'existence matérielle des objets (2). Mieux vaut, selon nous,

(1) Gide, p. 537.

(2) Accarias, t. I, 3^e édition, page 784.

adresser à Justinien le reproche d'avoir exprimé une vérité évidente, assurément, que celui d'être inconséquent avec lui-même et illogique. On conçoit difficilement qu'un législateur confère un droit d'hypothèque, sans accorder le droit de suite qui en est un des éléments essentiels : résultat d'autant plus choquant que Justinien ne s'expliquerait pas en somme sur cette bizarrerie. D'ailleurs — et c'est là un argument péremptoire — quel était le but poursuivi par Justinien dans la constitution que nous analysons ? sinon de créer à la femme une situation préférable à celle des autres créanciers hypothécaires et, dès lors, « on ne voit » pas pourquoi, il aurait traité la femme moins » bien que les simples créanciers hypothécaires, » en lui refusant, d'une manière absolue, le droit » de suite contre les tiers acquéreurs » (1). La femme aurait eu, sans cela, plus d'intérêt à continuer, comme par le passé, à stipuler de son mari une hypothèque, lors de la constitution de dot ; car cette hypothèque lui permettait incontestablement d'agir contre les tiers détenteurs (2).

Les conséquences du système que nous adoptons ne manquent pas de gravité s'il s'agit de meubles dotaux ou de choses immobilières apportées en dot avec estimation, puisque le mari peut les aliéner valablement : l'objet ne passe alors dans le patrimoine de l'acquéreur que *salvo jure mulieris*. Elles ont moins d'importance au cas d'immeubles non estimés : en effet, de par la loi Julia, lorsque l'aliénation a

(1) Demangeat, p. 91.

(2) L. 29. C. de jure dotium, V. 12.

eu lieu sans le consentement de la femme, le tiers acquéreur se trouve sous le coup d'une double revendication, directe du chef du mari ou utile du chef de la femme. Mais si la loi Julia met le fonds dotal à l'abri des aliénations consenties par le mari seul, elle ne le protège pas contre les aliénations nécessaires et dans ces hypothèses exceptionnelles où le fonds dotal peut régulièrement passer du patrimoine du mari dans celui de la femme, celle-ci pourra exercer son hypothèque privilégiée contre le nouveau propriétaire ou ses ayants-cause (1). A ce point de vue, l'innovation de Justinien présente encore un certain intérêt.

Il ne faudrait pas d'ailleurs exagérer les dangers que court le tiers acquéreur. La femme a le droit de renoncer aux sûretés établies en sa faveur, et ceux qui traitaient avec le mari ne négligeaient pas d'exiger le concours de la femme à la vente du bien dotal ; par ce concours la femme renonce à son hypothèque privilégiée ; elle s'interdit d'inquiéter dorénavant le tiers acheteur par son action hypothécaire. Il faut même croire que cet usage était fort répandu car — nous le verrons plus tard — lorsque Justinien l'année suivante, en 530 (2), voudra enlever aux femmes la faculté de renoncer à leur hypothèque légale sur le fonds dotal, le moyen qu'il emploiera sera de leur interdire de consentir à l'aliénation faite par le mari de l'immeuble dotal ; même avec le consentement

(1) Demangeat, p. 91 et p. 95.

(2) L. unic. 15, C. De rei uxor. V. 13,

de la femme, l'aliénation sera nulle. Et puisque l'existence de cet usage de la renonciation de la femme à son hypothèque légale en cas de vente est reconnue, quelle raison d'être et quelle autre utilité pouvait-il avoir ? si ce n'est de paralyser l'effet du droit de suite attaché à l'hypothèque : remarque importante et qui vient corroborer, d'une façon décisive, l'opinion que nous avons admise, sur le point de savoir si la femme jouissait du droit de suite (1).

En vertu de la loi 30 (C. de jure dotium. V. 12) la femme, nous l'avons vu, a la faculté d'agir par voie de revendication pour obtenir la restitution de sa dot. Elle a le choix entre cette action et l'action hypothécaire privilégiée. Mais ce choix lui est-il toujours possible ? Nous avons admis en particulier que la femme pouvait exercer son hypothèque privilégiée lors même que les choses dotales avaient été estimées ou valablement aliénées par le mari. En est-il de même, si la femme use de la revendication ? La revendication pourra-t-elle s'appliquer également à toutes ces choses ?

A notre avis, l'action en revendication établie par la loi 30 a beaucoup moins d'extension que l'action hypothécaire. Il faut, en effet, tenir compte en ce qui concerne la revendication, de la constitution rendue par Justinien, l'année suivante, en 530. (2). Car il résulte de cette constitution que, jusqu'à cette époque, le mari a le droit d'aliéner seul les meubles dotaux, les objets mobiliers ou

(1) Demang. p. 95.

(2) L. unic. 15, C. de rei uxor. V. 13.

immobiliers estimés et, avec le consentement de la femme, le fonds dotal. Dès lors des distinctions s'imposent : on ne conçoit guère, en effet, qu'un tiers acquéreur qui a traité avec un mari ayant pouvoir d'aliéner, se trouve exposé à une action en revendication.

C'est ainsi que la femme aura droit de revendiquer les biens dotaux non estimés, meubles ou immeubles, qui se retrouvent en nature dans le patrimoine du mari, et immeubles aliénés sans son consentement. Mais, échappent à la revendication de la femme, les meubles dotaux, aliénés par le mari, même sans le consentement de la femme, et le fonds dotal lorsque l'aliénation a eu lieu soit *volente uxore*, soit *ex causâ necessariâ*. Dans ces dernières hypothèses, le mari avait toute capacité d'aliéner, les tiers sont devenus légitimes propriétaires : une revendication blesserait des droits acquis.

Quant aux biens reçus en dot avec estimation, fussent-ils immobiliers, puisque l'estimation vaut vente, que ce qui est dotal ici c'est le prix, il est hors de doute que le mari, devenu propriétaire par l'estimation, a pu les vendre et que l'acquéreur n'a pas à craindre une revendication. Même solution dans le cas où les biens dotaux estimés se retrouvent en nature dans le patrimoine du mari. La femme est toujours créancière du montant de l'estimation ; c'est là l'objet de son droit. Si les héritiers ou les créanciers du mari lui offrent le montant de l'estimation, sur quoi se fonderait-elle pour exiger autre chose (1).

(1) Sur tous ces points, en ce sens : Demangeat, op. cit. p. 99 et suiv. — Accarias, t. I, p. 830.

Avant de terminer ce chapitre consacré à l'étude de la Constitution de l'an 529, il nous reste à résoudre une question qu'a soulevée l'interprétation de cette loi, et qui, sans se rattacher intimement à notre sujet, mérite pourtant quelques explications.

A l'origine, le mari est plein propriétaire de la dot ; il n'est même pas tenu de la restituer. *Dotis causa perpetua est*. Grâce à l'introduction de l'action *rei uxoriae*, qu'avaient rendue nécessaire les changements survenus dans l'état social de Rome, la femme est considérée comme créancière éventuelle de la dot. Mais, nous l'avons constaté précédemment, à partir d'Auguste, ce droit de créance fut renforcé de tant de privilèges et de garanties, que la femme, sans être propriétaire, avait presque tous les avantages de la propriété. Aussi, ne faut-il pas s'étonner que les jurisconsultes romains fassent de fréquentes allusions à cet état de choses, et regardent la dot comme faisant partie du patrimoine de la femme : *dos ipsius filiae proprium patrimonium est* (1). Mais le principe théorique du droit de propriété du mari sur la dot subsiste toujours. Nombreux sont les textes qui reconnaissent formellement la survivance de ce principe ancien : *dos apud virum remanet* (2) ; et la prohibition de la loi Julia ne présuppose-t-elle pas la propriété du mari. Cette contradiction entre la législation et les mœurs se trouve exactement dépeinte et résumée dans les termes suivants, empruntés au jurisconsulte Tryphoninus :

(1) L. 3 § 5. C. De min. IV, 4.

(2) Gaius, C. II. 62 et 63 — L. 49. D. de furtis, XLVII, 2 — L. 24 D. Rer. amot. XXV, 2 ; L. 11, C. de jure dotium, V. 12.

Quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est (1).

Justinien a-t-il fait cesser ce désaccord entre le *fait* et le *droit* ? A-t-il mis un terme à cette anomalie singulière ? Des interprètes, s'appuyant précisément sur la Constitution de l'an 529 qui nous occupe, décident que, bouleversant les anciens principes, Justinien a reconnu la femme propriétaire de la dot (2). Telle n'a pas été, selon nous, la pensée de Justinien. Il nous semble l'avoir déjà démontré : l'empereur byzantin, qui avait à choisir entre deux théories contraires sur la nature du droit de la femme sur la dot, ne s'est préoccupé que du but pratique à atteindre, laissant la question de principes sans solution. Lui-même, dans la loi 30, marque très-nettement cet antagonisme entre — ce qu'il appelle — le droit naturel et la subtilité des lois qui ont fait du mari le propriétaire de la dot. Mais, tout en accordant à la femme une action en revendication, il se garde bien de résoudre la difficulté et de toucher à la nature du droit de la femme. Outre l'ensemble de la Constitution, on peut argumenter en ce sens du passage où Justinien s'exprime ainsi : « Volu-
» mum eam in rem actionem in hujus modi rebus
» *quasi propriis* habere » (3). L'empereur ne dit pas : Je concède à la femme l'action en revendication parce que la femme est propriétaire ou car elle est propriétaire, mais bien *comme si* elle était propriétaire.

(1) L. 75. D. de jure dot. XXIII, 3.

(2) Voy. notamment Labbè dans Ortolan. Législation romaine, op. cit. p. 937 et suiv.

(3) L. 30. C. de jure dot. V. 12.

D'ailleurs, comme Justinien dans la constitution de l'an 529 a rejeté toute distinction entre les choses estimées et les choses non estimées, entre les meubles et les immeubles, il faut admettre logiquement qu'en vertu de cette constitution la femme ne peut avoir sur tous ces biens, meubles ou immeubles, choses estimées ou non, qu'un seul et même droit, droit de propriété ou droit de créance. Or, si l'on voit dans cette constitution la preuve décisive que Justinien a voulu proclamer ce principe juridique que la femme était propriétaire de la dot, la conséquence est qu'un tiers qui traiterait avec le mari n'acquerrait qu'un droit subordonné à l'option de la femme entre l'action hypothécaire et l'action en revendication et que, par suite, la femme l'évincerait à son gré. Cette conséquence, Justinien ne l'a pas admise. Il suffit, en effet, de se reporter à la constitution rendue l'année suivante et que nous venons de rappeler (1) pour constater que Justinien n'a effacé aucune des dispositions prises par la loi *Julia de adulteris* et que, tout en fortifiant les sûretés de la dot, il continue de reconnaître au mari le droit d'aliéner seul les meubles dotaux et les objets mobiliers ou immobiliers estimés.

Il y a, au surplus, un texte qui montre d'une façon péremptoire, suivant nous, que Justinien n'a pas modifié la législation classique quant à la nature même du droit du mari sur la dot. C'est un passage des *Institutes* de ce prince :
» *Accidit aliquando ut qui dominus sit, alienare non possit.... Nam dotale praedium maritus*

(1) L. unic. C. de rei uxor. V. 13,

» invita muliere per legem Juliam prohibetur
» alienare, *quamvis ipstus sit.* » (1). Or les Institutes
il n'est pas sans importance de le faire remarquer,
furent promulguées en 533 (2); il est donc per-
mis de les considérer comme renfermant sur ce
point la dernière expression de la pensée de
Justinien. Il est vrai de dire que la femme, dans
le dernier état du droit romain, a, au point de
vue des résultats pratiques, une situation équi-
valente à celle d'un véritable propriétaire. Mais
il est non moins vrai d'affirmer que le principe
abstrait du droit de propriété du mari, battu en
brèche de toutes parts, éludé dans toutes ses
applications, reste encore debout (3).

Il était réservé à la Jurisprudence des pays
de droit écrit de mettre en harmonie le fait et
le droit, de faire disparaître la contradiction que
nous avons signalée (4). Le respect un peu supers-
titieux qu'avaient les jurisconsultes romains pour
le vieux dogme juridique de la perpétuité de la
dot ne pouvait plus empêcher d'abolir ouverte-
ment le principe, désormais sans raison d'être,
que la dot est la propriété du mari. Ce ne fut
pas d'ailleurs sans résistance que le système des
Parlements des pays de droit écrit prévalut ;
même dans notre ancien droit, certains auteurs

(1) Inst. II. VIII, pr.

(2) Accarias, t. I^{er} p. 80.

(3) Demangeat, op. cit., p. 95. — Gide, op. cit., p. 539 et suiv.
— Accarias, op. cit. t. I^{er}, p. 1830. — G. May, t. II, p. 228, n^o 345,
note 15.

(4) Viollet. Précis de l'histoire du Droit français, p. 682 et suiv.
— Beaune, Droit coutumier français. De la condition des biens,
p. 449 et suiv. — Guillouard. Traité du Contrat de mariage, t. IV,
n^o 1763, p. 81.

proclamèrent encore le mari propriétaire de la dot (1).

(1) Voy. notamment Dumoulin. Titre des fiefs, § 1, n° 73, cité par M. Guillaouard, *ibid*; Roussilhe, Traité de la dot, article préliminaire, *in fine*, cité par le même auteur, *op. cit.*, t. I, p. 39. — Masuer, XIV, De dote et matrimonio; Julien, Eléments de jurisprudence, p. 51, cités par M. Viollet, *op. cit.*, p. 682, note 5.

CHAPITRE II

De l'hypothèque générale sur les biens du mari

L'année suivante, en 530, par une constitution qui est devenue la loi unique, C. *De rei uxoriæ act.* (V. 13) Justinien, comme l'indique la rubrique même de ce titre : « *De rei uxoriæ actione, in ex stipulatu actionem transfusa et de natura dotibus præstita* », transformait l'ancienne action *rei uxoriæ* en une action *ex stipulatu* : action originale, dans laquelle Justinien combinait heureusement les règles des anciennes actions *rei uxoriæ* et *ex stipulatu*, prenant à l'une et à l'autre ce qu'elles avaient d'avantageux, et y faisait, en même temps, l'application de principes nouveaux (1). En sous-entendant ainsi une clause de stipulation dans tous les cas, il ne faisait en définitive que consacrer législativement un usage devenu habituel dans tous les contrats de mariage (2).

C'est à cette occasion que l'empereur, avançant d'un pas dans la voie qu'il avait inaugurée l'année précédente, et voulant accorder à la femme une nouvelle marque de faveur, lui octroya une hypothèque générale sur tous les biens du mari. Il s'exprime ainsi dans le paragraphe premier de cette loi, qu'il suffit de trans-

(1) Accarias, t. II, n° 836, p. 1056.

(2) Gide, p. 530. — L. unic. § 1 C. *De rei uxoriæ act.* V. 13.

crire : « Et ut plenius dotibus subveniat :
« quemadmodum in administratione pupillarium
« rerum, et in aliis multis juris articulis tacitas
« hypothecas inesse accipimus : ita et in hujus-
« modi actione damus ex utroque latere hypo-
« thecam, sive ex parte mariti pro restitutione
« dotis, sive ex parte mulieris pro ipsa dote
« præstanda, vel rebus dotalibus evictis ; sive
« ipsæ principales personæ dotes dederint, vel
« promiserint, vel susceperint, sive aliæ pro his
« personæ : et dos sive adventitia sive profectitia
« sit, secundum veteris juris nominationem. Ita
« enim et imperitia hominum et rusticitas nihil
« eis poterit afferre præjudicii. »

Comme on le voit, à la différence de l'hypothèque tacite privilégiée qui était spéciale et ne portait que sur les biens dotaux, l'hypothèque tacite de la loi unique C. (V. 13) est *générale* et frappe tous les biens du mari, ses biens à venir et ses biens présents, y compris les choses dotalles elles-mêmes. Les biens du beau-père de la femme n'y échappent pas non plus, quand c'est lui qui est obligé à la restitution : « Sive ipsæ principales personæ » dotes dederint, vel promiserint, vel susceperint » *sive aliae pro his*. » Ainsi si le mari était fils de famille, et qu'il eut touché la dot *jussu patris*, à plus forte raison lorsque le père l'avait touchée lui-même, tous les biens de ce dernier étaient grevés de l'hypothèque tacite de la femme ; car lui, aussi, était tenu de l'action *ex stipulatu* à la dissolution du mariage (1).

(1) L. 22, 12. D. Solut. matrim. XXIV, 3. — L. 10. C. Solut. matrim. V, 18. Pellat, — Traité du gage et de l'hypothèque chez les Romains, traduit de l'allemand, p. 57,

Il ne faut pas oublier, en effet — et c'est là un caractère particulier de cette hypothèque générale — qu'elle apparaît comme étant l'*accessoire* de l'action *rei uxoriae*, sous sa forme nouvelle : « ita » et *in hujus modi actione* damus ex utroque latere hypothecam » ; cela résulte d'ailleurs avec netteté de tout le paragraphe premier de notre loi.

Il ressort aussi de ce même paragraphe qu'en sous-entendant cette hypothèque dans toute constitution de dot « quasi omnibus dotalibus instrumentis » a prudentissimis viris confectis (1) » Justinien ne met dans la loi que ce que les parties ont l'habitude d'insérer dans les conventions de ce genre.

N'y a-t-il que l'*uxor* qui puisse invoquer l'hypothèque générale tacite ? — Ses héritiers ont incontestablement ce droit : l'action *ex stipulatu* actuelle, à la différence de l'ancienne action *rei uxoriae*, leur compète toujours et l'hypothèque tacite générale n'en est que le complément. Cette hypothèque appartient également au père ou au grand-père, quand il s'agit d'une *dos profectitia* : eux aussi peuvent exercer l'action *ex stipulatu* ; un texte le reconnaît formellement (2). La fiancée, la femme qui n'a contracté qu'un mariage putatif, de même, la femme qui s'est trompée sur la condition de son mari s'étaient vu accorder le *privilegium inter personales actiones* ou un *quasi-privilegium*. C'était une faveur ; car elles n'avaient pour répéter leur dot qu'une *condictio*. Faut-il leur accorder une faveur semblable en ce qui concerne l'hypothèque générale ? Sans doute le motif tiré de la protection de

(1) L. unic 1, D. de rei uxor, act. V. 13.

(2) L. unic. 13 in fine C. De rei uxor, V. 13. — Jourdan, p. 439.

la fortune des femmes subsiste toujours. Mais il ne faut pas perdre de vue que ces extensions du *privilegium dotis* n'avaient été introduites que pour faciliter les mariages (1). Or nous savons que telle n'est plus l'idée qui guide le légistateur. D'un autre côté, il ne s'est pas expliqué sur ce point. Qu'en conclure : sinon que l'action *ex stipulatu* ne leur appartenant pas, l'hypothèque générale qui n'en est que l'accessoire, ne leur appartient pas davantage (2).

Quelques années plus tard, en 549, dans la *Novelle* 109, Justinien restreindra aux seules femmes catholiques tous les privilèges garantissant leurs apports. D'où cette question, assez puérile d'ailleurs, mais qui, paraît-il, « a fait verser des flots d'encre » (3), de savoir si la femme *juive* est frappée de cette exclusion. Il suffit de lire le texte de la *novelle* 109 pour la résoudre : Justinien répète à satiété qu'il n'accorde les privilèges qu'aux femmes « qui participent à la communion salutaire et » de l'Eglise apostolique et romaine » (4), et il est dès lors bien difficile, ce semble, de faire rentrer les femmes juives dans cette catégorie. Que cette mise hors du droit commun des femmes non orthodoxes soit critiquable, il est inutile de le faire

(1) L. 18. D. de reb. auct.

(2) En ce sens Jourdan, p. 440 — Contrà Perez, *Praelectiones in duodecims libros codicis Justiniani*. In lib. V. Cod. tit. XII de jure dotium §§ 21 et 22. Voet. Comment. ad Pandectas, Liv. XX, tit. IV. Qui pot. in pign. § 21.

(3) Jourdan, p. 440 et la note 99.

(4) Nov. 109 « Quae emin separant se a sancta Dei catholica » et apostolica ecclesia, et sacrosanctam, in ea communionem percipi » pere non patiuntur a Deo amabilibus sacerdotibus, nolumus omnino talibus frui privilegiis. »

ressortir. Mais, pour juger avec impartialité la décision de l'empereur chrétien, il n'est peut-être pas inopportun de rappeler qu'à cette époque personne ne pratiquait la tolérance telle que nous l'entendons aujourd'hui. En prenant cette mesure de rigueur, Justinien ne faisait qu'adopter les idées de son temps et suivre l'impulsion de son siècle ; lui-même, dans la préface de sa Constitution (Nov. 109), nous rappelle des mesures semblables prises par l'empereur Léon et par Justin, son père.

DES CRÉANCES GARANTIES PAR L'HYPOTHÈQUE GÉNÉRALE. — L'hypothèque tacite de la loi unic. C. (V. 13) garantit toutes les réclamations qui peuvent faire l'objet de la nouvelle action *ex stipulatu*. C'est ainsi qu'elle garantit la restitution :

1^o De la dot, qu'elle soit *adventice* ou *profectice*, qu'elle ait été *recepta vel non instrumento dotali*.

2^o De l'*augment* de dot, parce que c'est une véritable dot constituée pendant le mariage : « Dos aut antecedit aut sequitur matrimonium » (1). « Dotes, constante matrimonio, non solum augmentur, sed fiunt » (2).

3^o De la dot *receptitia* — A ce sujet M. Jourdan s'exprime ainsi : « L'hypothèque légale » ne s'applique pas à une *dos receptitia*, c'est-à-dire » celle dont la constitution a été accompagnée » de clauses particulières destinées à en régler » la constitution » (3). Le savant romaniste n'apporte point de raisons à l'appui de son affirmation. Etait-ce parce que à l'époque classique on n'accor-

(1) Paul, Sent. II, 21^b § 1.

(2) Inst. II, 7. § 3.

(3) Jourdan, p. 439.

dait point l'action *re uxoriae* pour obtenir la restitution de sa dot ? Quoiqu'il en soit, l'opinion contraire nous semble plutôt devoir être admise. Qu'était-ce qu'une dot *receptitia* au temps des juriconsultes classiques, sinon une dot accompagnée d'une promesse de restitution et garantie par une action *ex-stipulatu* ; or en réalité, en quoi consiste l'innovation de Justinien, si ce n'est précisément à sous-entendre toujours une clause de restitution ou, en d'autres termes, à considérer toute espèce de dot comme une dot *receptitia* et à la munir d'une hypothèque (1). Bien plus, Justinien prévoit même l'hypothèse où la femme a réellement stipulé et cette stipulation fut-elle nulle, selon le droit commun, n'empêcherait pas la femme de se prévaloir des droits que lui confère la nouvelle constitution : « Eademque modo etsi » inutiliter facta stipulatio : adjuvari enim eam » magis quam evanescere oportet » (2).

Il est un cas cependant qui nous semble faire exception. C'est celui où la dot *receptitia* est fournie par un *extraneus*, c'est-à-dire par une personne autre que la femme ou l'ascendant investi de la puissance. Dans cette hypothèse, en effet, Justinien n'accorde pas à la femme l'action *ex stipulatu* ; nous lui refuserons donc l'hypothèque légale à raison de cette dot. Dans l'hypothèse au contraire où la dot fournie par l'*extraneus* n'est plus *receptitia*, la femme est censée avoir stipulé pour elle-même la restitution et elle jouit alors, sans conteste, de l'hypothèque légale : « Imo magis in hujusmodi

(1) Accarias, t. II, p. 1056 et 1057 (texte et note 1.)

(2) L. unic. pr. C. de rei uxor act. V. 13.

» dotibus quæ ab extraneis dantur, vel promittuntur, ipsa mulier fecisse videatur tacitam stipulationem : *nisi expressim extraneus sibi dotem reddi pactus fuerit, vel stipulatus* » (1).

Quel rang assigner à l'hypothèque légale de la femme sur les biens du mari ? — A la différence de l'hypothèque légale créée par la loi 30 C. *de jure dotium* (V. 12), l'hypothèque légale sur les biens du mari n'est pas privilégiée. Primant les créanciers chirographaires simples ou privilégiés, primée par les créanciers hypothécaires privilégiés, la femme, en concours avec des créanciers hypothécaires simples, passera à sa date : *Prior tempore potior jure* (2). Pour la dot, cette date était ni le jour de la célébration du mariage, ni celui où elle avait été livrée, mais le jour de sa constitution. La loi nous indique ce point de départ au cas d'une hypothèque garantissant la restitution d'une dot au profit du constituant. La dot est payée en différentes fois : ce paiement fractionné n'aura pas d'influence sur le rang de l'hypothèque ; l'hypothèque prendra rang du jour de la constitution, même pour la portion de la dot payée en dernier lieu : « Non solutionum observanda sunt tempora, sed *dies contractae obligationis* » (3). Pourquoi ne pas étendre cette règle à l'hypothèque légale qui, nous l'avons vu, n'est, en somme, qu'une hypothèque tacite conventionnelle (4).

C'est la même solution que l'empereur Justin

(1) L. unic. 13. C. eodem titulo V. 13.

(2) L. 4. C. Qui pot. VIII, 18.

(3) L. 1 pr. D. Qui pot. XX, 4.

(4) En ce sens, Jourdan, p. 221. — Pellat, op. cit. p. 57. — Contrà : Accarias, t. II, p. 1060. — Voy. Code civil, art. 2135.

applique à l'augment de dot : « Jura hypothecarum, » dit-il, quae in augenda dote vel donatione fuerint, » ex eo tempore initium accipiant, ex quo eodem » aedem hypothecae contractae sint, et non ad » prioris dotis vel ante nuptias donationis referantur. (1) » Cette décision ne concernait que l'hypothèque expressément stipulée par la femme, l'hypothèque légale n'existant pas encore à cette époque. En elle-même, elle est parfaitement juridique et, puisque Justinien n'y a pas dérogé, nul doute qu'elle ne doive recevoir son application en notre matière.

(1) L. 19, C. de Donat, ante nuptias, V. 3.

CHAPITRE III

De l'hypothèque légale à raison des créances paraphernales de la femme.

Le jour même où il rendait la loi que nous venons d'étudier, Justinien, par une constitution distincte (1), étendait cette hypothèque légale aux créances paraphernales de la femme, créances dont le mari avait été chargé de percevoir le montant par le contrat de mariage. Le texte qui contient cette constitution débute en nous indiquant l'hypothèse prévue par le législateur : « Si » *mulier marito suo nomina (id est fœneratitias* » *cautiones) quae extra dotem sunt, dederit, ut* » *loco paraphernorum apud maritum maneat,* » *et hoc dotali instrumento fuerit adscriptum. »* Cela étant, le mari a touché les créances; si la femme a stipulé du mari une hypothèque pour assurer la restitution du montant de ses créances, elle devra s'en contenter. Puis Justinien ajoute : « Si minime hoc scriptum inveniatur, ex praesenti » *lege habeat hypothecam contra res mariti ex* » *quo pecunias ille exegit ».*

Quatre conditions sont donc exigées pour que cette hypothèque prenne naissance au profit de la femme : 1° Il faut qu'il s'agisse de créances

(1) L. 11, C. de pact. conv. tam superdote. V. 14.

paraphernales ; 2^o qu'elles aient été mentionnées dans l'*instrumentum dotale*, avec la constatation de leur remise faite au mari ; 3^o la femme ne doit pas s'être réservée une hypothèque à raison de ces mêmes créances ; — 4^o le mari, pour être tenu, doit avoir touché le montant des créances.

Faut-il étendre la décision de Justinien à tous les autres bien extradotiaux, dont l'administration est confiée au mari et la remise constatée dans l'*instrumentum dotale*, et ne voir dans la loi 11 qu'une application, particulière aux « *nomina* », d'une règle générale ? Nous ne le pensons pas. Il faut, selon nous, restreindre cette hypothèque aux limites, très étroites assurément, tracées par Justinien : aucun texte n'autoriserait une pareille extension. La femme n'a donc pas d'hypothèque à raison de ses *bona receptitia*, autres que des capitaux, dont elle s'est réservé l'administration et la jouissance, les eût-elle mis à la disposition du mari

Cette hypothèque prendra rang du jour où le mari a pris en main l'administration.

CHAPITRE IV

De l'hypothèque privilégiée sur les biens du mari

Hypothèque tacite privilégiée sur les biens dotaux, hypothèque tacite simple sur tous les biens du mari, séparation de biens en cas de déconfiture, défense absolue d'hypothéquer et d'aliéner tous les immeubles dotaux sans exception, restriction apportée à la faculté de renoncer à ces privilèges : toutes ces mesures étaient impuissantes, paraît-il, à sauvegarder la fortune des femmes sous le règne de Justinien et c'était à ce sujet des démarches continuelles, des plaintes et des récriminations incessantes : *Assiduis additionibus mulierum inquietati sumus, per quas suas dotas deperditas esse lugebant* » (1). Tourmenté, l'empereur voulut mettre fin à cet état de choses et, dans une constitution rendue en 531, et restée véritablement fameuse sous la seconde Constitution *Assiduis*, il couronna toutes les garanties qu'il avait accordées à la femme par un *privilège*, à l'encontre de tous les créanciers du mari, *même antérieurs en date*. Ce privilège portait, non seulement sur les biens dotaux, comme celui précédemment créé en 529, mais sur *tous les biens du mari*.

La constitution *Assiduis* est fort longue. Nous en

(1) L. 12, pr. C. Qui pot. in pign. VIII, 18.

détacherons seulement la partie la plus saillante : le reste n'est, à vrai dire, qu'un exposé de motifs. Rappelant ses précédentes réformes, Justinien s'exprime ainsi : « Reminiscentes, quod et alias duas » constitutiones fecimus pro dotibus mulieribus » subvenientes et haec omnia in unum colligentes, » sancimus ex stipulatu actionem quam mulieribus » jam pro dote instituenda dedimus, cuique etiam » tacitam donavimus inesse hypothecam, potiora » jura contra omnes habere mariti creditores, » *licet anterioris sint privilegio temporis vallati* » (1).

Aucun reproche, aucune critique n'ont été épargnés à l'auteur de cette innovation. On l'a même tourné en dérision et de là, paraît-il, viendrait à Justinien le surnom d'*Uxorius legislator*. Tous ceux qui ont écrit sur la loi *Assiduis*, depuis les Glossateurs jusqu'aux commentateurs contemporains, n'ont pas manqué de signaler, en termes très-vifs, l'injustice et le vice d'une telle réforme : « C'était, dit M. Accarias, dépasser » toutes les exigences de l'équité et sacrifier » absolument toutes celles du crédit public (2). » — « Je fais grâce au lecteur, dit M. Jourdan, du » long *miserere* débité sur un ton dolent par Justinien : « *Quis enim earum misereatur?* » Il sent » évidemment qu'il a besoin de recourir à l'éloquence la plus pathétique pour faire passer ce » privilège exorbitant (3). » Lors de la discussion de l'article 1572 du Code civil, article qui abroge formellement le privilège de la loi *Assiduis*,

(1) L. 12, 1, C. Qui pot. in pign, VIII, 18.

(2) Accarias, t. II, p. 1060.

(3) Jourdan, p. 649.

Berlier, dans son exposé de motifs au Corps législatif, s'exprimait ainsi, en faisant allusion à cette loi *Assiduis* : « Cette loi qui sacrifiait à la » dot la société tout entière, et qui fut l'occasion » d'une multitude de fraudes envers des tiers de » bonne foi, n'était qu'une faveur mal entendue, » et ne pouvait trouver place dans une législation » nouvelle (1). » — « Et certe nihil, écrit le célèbre » jurisconsulte DONEAU, potest cogitari iniquius » quam si. cum creditores contraxerint cum » aliquo debitore qui nondum uxorem duxerat, » qui iidem diligenter sibi caverint ut ejus bona » sibi essent obligata; sit in potestate debitoris » eos, cum velit, fraudare, uxorem postea ducendo » et dotem accipiendo : sic enim miseri credi- » tores frustra sibi caverint, neque erit vigilantiae » locus. In hac tanta iniquitate non est creden- » dum » (2). Inutile donc d'insister sur ce point et de renouveler des critiques sur lesquelles l'unanimité est complète.

Mais comment expliquer chez Justinien un tel mépris de l'équité la plus élémentaire, une violation si flagrante de tous les principes du droit ? D'aucuns ont prétendu que l'empereur aurait obéi « à certaines intrigues de palais (3). » Nous ne croyons pas qu'on ait voulu traduire par là l'« *assiduis aditionibus mulierum* » du début de la Constitution ; et, s'il en est ainsi, aucun document ne nous a permis d'ajouter foi

(1) Fenet, XIII, p. 684-685.

(2) Doneau. *Ad leg. ult. C. Qui pot.* — Edition de Florence, 1846, t. IX, p. 1168.

(3) Demangeat, *Cours élémentaire de droit romain*, 2^e édit. t. II, p. 599.

à cette explication : c'est une hypothèse brillante, curieuse à coup sûr, mais dénuée de tout fondement. Tout au moins aurait-il été plus vraisemblable et plus conforme à la vérité historique d'attribuer cette loi à l'influence de la trop célèbre Théodora, de qui Justinien déclare lui-même prendre conseil pour l'élaboration de ses lois (1). Mais ce ne serait, là encore, qu'une conjecture (2).

Il n'est pas nécessaire, selon nous, d'aller chercher si loin, dans un domaine ordinairement inaccessible aux choses du droit, les motifs qui ont poussé Justinien à créer ce nouveau privilège. Lui-même les a indiqués : ils sont de deux sortes. Il y a d'abord ce qu'on pourrait appeler une *raison de droit* : Autrefois, dit Justinien, la femme n'avait qu'une action personnelle ; mais les lois anciennes lui donnaient le pas sur toutes les actions personnelles ; pourquoi aujourd'hui l'action hypothécaire, que nous lui avons donnée, ne jouirait-elle pas de la même faveur parmi les actions réelles : « Cum enim in personabilibus actionibus (secundum quod diximus) » tali privilegio utebatur res uxoria : quapropter » non in hypotheca hoc mulieri etiam nunc indulgemus beneficium, licet res dotales vel ex » his aliæ comparatæ non extent ? (3). » —

(1) Novelle, VIII, 1 « Hæc omnia apud nos cogitantes, et hic » quoque participem consilii sumentes eam, quæ a Deo data est » nobis reverendissimam conjugem. » — Voy. Gibbon. Hist. de la décadence de l'empire romain. Trad. Guizot, t. VII, p 225.

(2) La Novelle VIII précitée porte la date de mai 535.

(3) L. 12, l. C. Qui pot. in pign. VIII, 18,

C'était, il faut le reconnaître, une singulière argumentation.

Se plaçant sur le terrain des faits, l'empereur constate que malgré les faveurs dont il a entouré la dot de la femme, les maris paient leurs créanciers personnels avec les dots de leurs femmes, et non de leur fortune personnelle : d'où les plaintes réitérées dont il était assiégé. A moins d'accuser Justinien de mensonge, il faut bien croire que des faits avaient révélé à cet égard des lacunes dans la législation existante, et si l'on juge la loi *Assiduis* à sa date, peut-être faudrait-il rabattre un peu des critiques qui lui ont été adressées. Il se pouvait très bien que, malgré toutes les précautions prises par Justinien, la femme se trouvât ruinée par son mari et que les garanties légales fussent pour elle sans efficacité. Maintes fois, sans aucun doute, il arriva que les biens propres du mari fussent grevés, avant le mariage, d'hypothèques préférables à celles de la femme et, étant donné le système de publicité du régime hypothécaire romain, comment la femme pouvait-elle se renseigner avec certitude sur la situation ? Elle n'avait qu'une ressource : s'en rapporter à la bonne foi du futur mari. Or, il semble bien, d'après la Constitution *Assiduis*, que la confiance de la femme l'ait exposée à de nombreux mécomptes et à de cruelles déconvenues. Il restait à la femme son hypothèque privilégiée sur les biens dotaux, mais quel secours offrait-elle si la dot consistait en argent. D'un autre côté, rien de plus facile à un mari

et à ses créanciers que de s'entendre et d'unir leurs efforts pour tromper la femme. Comment s'étonner alors que Justinien ait voulu apporter remède à cette situation dont il pouvait, beaucoup mieux que nous, apprécier l'importance et mesurer la gravité : « Oportebat ernin, disponi » maritos creditoribus suis ex sua substantia » satisfacere, non de dote mulieris, quam ad » suos victus, suasque alimonias mulier possidet, » vel a semetipsa datam, vel pro ea ab alio ». (1).

Une autre raison justifiait aux yeux de Justinien la dérogation apportée aux principes par la loi *Assiduis* : la conservation de la dot qu'il fallait assurer, avant tout, au profit de la femme. Pour Justinien, la protection de la fortune de la femme est d'une nécessité capitale et à ce sujet il émet des sentiments qui, pour être exprimés d'une façon assez naïve et ne pas revêtir une forme scientifique, n'en sont pas moins très-vrais et très justes : « Nec ad fragilitatem muliebre respicientes, dit Justinien, en parlant des anciennes » lois, nec quod et corpore, et substantia et omnis » vita sua maritus fungitur (2); » et plus loin : « Quis » earum non misereatur, propter obsequia quae » maritis praestant, propter partus periculum, et » ipsam liberorum procreationem pro quibus multa » nostris legibus inventa sunt privilegia (3). » D'autant plus qu'au delà de la femme, Justinien voyait la famille. Nous l'avons déjà dit : l'inaliénabilité de la dot sous l'empereur chrétien est un pri-

(1) L. 12. pr. loi *Assiduis*.

(2) L. 12, pr. *eadem lege*.

(3) L. 12 § 1. *eadem lege*.

vilège pour les enfants ; c'est dans l'intérêt général de la famille qu'il protège la dot ; il faut qu'elle devienne pour les enfants une sorte de réserve : c'est vers ce but que convergent toutes les réformes de Justinien. On voulait réagir contre la législation ancienne ; comme dans tout mouvement de réaction, craignant de ne pas atteindre le but qu'on s'était proposé, on est allé trop loin : le privilège exorbitant de la loi *Assiduis* en est un nouvel exemple.

A qui appartient cette hypothèque privilégiée. — En principe à la femme mariée et à elle seule : « *cujus solius providentia hoc induximus* », dit Justinien dans ses *Institutes* (1). C'est là un privilège qui lui est personnel ; ses héritiers n'en jouissent pas. Une constitution de l'empereur Sévère de l'année 210, qui s'appliquait originairement au *privilegium dotis*, mais insérée au Code de Justinien, l'énonce comme un principe doctrinal : « *Scire debes, privilegium dotis, quo mulieres* » *utuntur in actione de dote, ad heredem non transire* (2). » La *Novelle* 91 est encore plus explicite : « *Non enim aliis dedimus dudum et damus hoc privilegium, aut heredibus, aut creditoribus* (3). » Mais les héritiers gardent toujours la ressource de l'hypothèque tacite générale non privilégiée.

Parmi les héritiers, il faut faire cependant une exception en faveur des descendants : « *Non enim* » *aliis dedimus dudum et damus hoc privilegium,* » *aut heredibus, aut creditoribus, sed solis filijs* »

(1) *Inst.* IV. 6, § 14.

(2) *L. unic. C.* VII, 74.

(3) *Praefatio.*

ajoute aussitôt Justinien dans le passage que nous venons de citer. Dans la loi 12, 1. C. *Qui pot. in pign.* (VIII, 18), il nous avait déjà appris cette règle et nous en donnait le motif : *Sed sic maneat eis (filiis) jus incorruptum, « quasi adhuc vivente matre eorum. »* Il est vrai que dans la loi 12 précitée Justinien, vise seulement le cas où les enfants d'un précédent mariage sont en concurrence, pour la dot de leur mère, avec les répétitions dotales de leur belle-mère et donne la priorité à la première femme ou à son enfant. D'où certains auteurs ont conclu que cette exception en faveur des enfants était limitée à cette hypothèse toute spéciale (1). Ne faut-il pas plutôt conclure *a fortiori* et généraliser la solution contenue dans cette loi 12 ? D'ailleurs le passage de la Novelle 91, que nous venons de reproduire et qui fait allusion à la loi 12, est conçu en termes très généraux, qui n'impliquent aucune restriction et le chapitre premier de cette Novelle confirme ce privilège pour tous les cas, que les deux femmes vivent ou qu'il n'y ait que des enfants survivants, soit d'un côté, soit de l'autre (2).

On s'est demandé si ce privilège passait aux cessionnaires des créances dotales. Les textes ne donnent pas la solution et les principes ne le défendent point. De ce que certains privilèges sont attachés à la personne, ce n'est pas à dire pour cela qu'ils ne puissent être exercés qu'en personne et non par l'intermédiaire d'un mandataire : le cessionnaire, dans l'espèce, n'est qu'un mandataire. Ce privilège permet à la femme de tirer parti de

(1) Accarias, t. II, p. 1060 texte et note 4.

(2) Jourdan, p. 651 — Pellat. Gage et hypothèque, p. 100.

sa créance. Celui à qui le pupille a trouvé avantageux de vendre sa créance, n'est point sans privilège, bien que le privilège du pupille ne passe pas à ses héritiers (1).

Quelles créances garantira l'hypothèque privilégiée? — Rien que la créance dotale : « *Haec autem tantum ad dotem sancimur* » est-il écrit au § 2 de la loi *Assiduis*. — Mais pour que le privilège existe, une condition est indispensable : l'apport réel de la dot ; c'est ce qui résulte du passage suivant du § 1 de cette même loi : « *Qua- propter non in hypotheca hoc mulieri etiam nunc indulgemus beneficium, licet res dota- les : . . . non extent : . . . si tamen reipsa fuerint parti mariti datae?* » D'où cette conséquence : si la dot a été promise et non payée et qu'il y ait, à cet égard, quelque faute imputable au mari, la femme n'en aura pas moins son action dotale garantie par l'hypothèque légale, mais le privilège cessera d'exister.

C'est par la même raison que le privilège a été restreint en ce qui concerne *l'augmentum dotis*. La loi 12 C. (VIII. 18) ne distingue pas entre la dot constituée avant ou après le mariage : en droit, en effet, l'augment de dot est une dot véritable ; il mérite donc, tout autant que la dot proprement dite, la faveur dont elle jouit ; mais on conçoit que la fraude était facile, et simulant une augmentation des apports, un mari, de concert avec sa femme, pouvait déclarer avoir reçu d'elle tel ou tel augment qui mettait à néant

(1) L. 42. D. de administrat. tut. XXVI, 7. — Jourdan, p. 652. — Perez, op. et loc. cit. § 24.

les espérances de ses créanciers. Dans sa *Novelle* 97 (Chap. II) de l'année 539, Justinien voulut prévenir ces collisions frauduleuses. Désormais l'augment de dot ne sera plus privilégié que dans deux cas : 1° D'abord celui où l'augment consiste en immeubles parce qu'alors son existence est incontestable et que : « *nulla enim huic orietur laesio.* » (1) — 2° La deuxième hypothèse est celle où le mari est libre de toute dette à l'époque où l'augment de dot a été constitué : « *Nam suspicio contra creditores circumventionis non est.* » Mais, dira-t-on, à quoi bon le privilège, s'il n'y a plus de dettes ? L'hypothèque simple suffirait : elle serait toujours antérieure en date aux créances que l'on pourrait acquérir dans la suite contre le mari. La réponse est facile : le privilège sera utile à l'encontre des créanciers ultérieurs dont l'hypothèque est privilégiée.

(1) Tandis que, ajoute Justinien, si la femme qui a des immeubles dans son patrimoine, fait l'augment en meubles, il y a tout lieu de croire à une collusion frauduleuse. Dans ce cas, la dot seule sera privilégiée, car : « *Laedi homines ex dato a nobis dotibus privilegio nullo volumus modo.* » Nov. 97, ch. II.

CHAPITRE V

De l'hypothèque légale à raison de la *donatio propter nuptias*

Cette hypothèque n'entrait pas tout d'abord dans les vues de Justinien. Elle ne fut établie qu'après l'hypothèque de la dot et des paraphernaux, par cette même constitution *Assiduis*, qui vient de faire l'objet du chapitre précédent, dans son paragraphe 2.

Cette décision était logique, et venait heureusement combler une lacune dans la série des hypothèques créées par Justinien. La *donatio propter nuptias* n'est en somme que le « pendant de la dot. » Donation constituée à la femme, soit par un tiers, soit, le plus souvent, par le mari, elle présente, avec la dot, une remarquable analogie : analogie que les réformes de Justin et de Justinien n'avaient fait que compléter. L'empereur Justin, en effet, permit de l'augmenter pendant le mariage; Justinien, de la créer. C'est alors que ce dernier, trouvant que les mots ne concordaient plus avec la réalité des faits, changea la dénomination ancienne de *donatio ante nuptias* et appela désormais cette donation : *donatio propter nuptias* (1).

Voici le passage de la loi 12 § 2 C. *Qui pot. in pign* (VIII. 18) qui a trait à cette hypothèque :

(1) Inst. II, 7 § 3.

« Haec autem tantum ad dotem sancimus, non ad » ante nuptias donationem quam suo tempore » servire disponimus et habere inter creditores » sui temporis. » Si la créance résultant de cette donation « *servit suo tempore* », prend rang à sa date, si elle a « *inter creditores temporis ordinem* », il est évident qu'elle doit être munie d'une hypothèque, car les créanciers chirographaires ne prennent jamais rang à leur date. Mais, d'autre part, cette hypothèque n'est pas privilégiée ; les créances privilégiées « *non ex tempore aestimantur, » sed ex causa* ». Cette hypothèque fut confirmée ultérieurement par la *Novelle 109* (Chap. I), qui est fort nette à cet égard : « In donationibus » propter nuptias, secundum tempora per quae » fiunt, hypothecas habere, omnibus in praesenti » facimus manifestum per hanc sacram legem. »

On comprend à merveille que Justinien n'ait point jugé digne d'un privilège l'hypothèque légale de la femme à raison de sa *donatio propter nuptias* et qu'il ait fait à cet égard une différence sensible entre cette hypothèque et celle de la dot. La raison, il l'a lui-même donnée dans la loi *Assiduis* (§ 2) : « Non enim pro lucro fovemus mulieres, » sed ne damorum patiantur, suisque rebus defraudantur. » C'est très raisonnable. La femme qui demande la restitution de ses apports « *certat de damno vitando* » ; au contraire, elle combat « *lucro captando* » lorsqu'elle réclame la *donatio propter nuptias* ; il serait alors contraire à l'équité de lui venir en aide, puisqu'on ne peut le faire qu'en sacrifiant des créanciers diligents et qui n'ont aucune faute à se reprocher.

CHAPITRE VI

Du rang de l'hypothèque privilégiée de la dot

Quel rang parmi les hypothèques privilégiées occupe celle de la dot ? Sur cette question, la controverse s'est donnée carrière, et il faut bien le reconnaître, l'insuffisance des textes lui laissait le champ libre et ne contribuait pas peu à faire surgir les difficultés. Il ne suffit pas de créer des privilèges, il faut de toute nécessité que le législateur s'explique sur le degré de faveur qu'il attache à chaque privilège. Or Justinien semble avoir totalement oublié ce point capital. Quoi d'étonnant que chaque commentateur ait sa classification ! Des textes épars de la compilation Justinienne, nous tâcherons d'en dégager une et de déterminer quelle était, dans le dernier état du droit romain, la place occupée par l'hypothèque privilégiée de la femme dans l'échelle des diverses hypothèques privilégiées.

La discussion gît surtout sur le point de savoir à qui donner la préférence : au fisc, ou à la femme, en cas de concours de leurs hypothèques privilégiées ; et les divergences viennent, suivant nous, de ce qu'ordinairement on n'a pas

assez soigneusement distingué entre les différentes hypothèques accordées au fisc.

Le fisc a trois hypothèques privilégiées. La plus importante est celle qui garantit le recouvrement des *impôts* (1). Privilégiée, elle est absolue et passe avant toute autre créance. On ne saurait être plus formel que le texte suivant : « *Potior est causa tributorum, quibus PRIORI LOCO* » *omnia bona cessantis obligata sunt* (2). » Et pourtant on a équivoqué sur ce passage, qui ne semblait laisser aucun doute et on a nié le privilège. Les mots « *priori loco* » de cette loi devraient s'entendre de la priorité *d'après le temps* et non *d'après le droit*, par conséquent de la préférence accordée à cette hypothèque à cause de l'antériorité de son établissement et non à cause d'un privilège (3). Mais alors on ne voit pas bien quelle pouvait être l'utilité d'un pareil rescrit : il n'était pas besoin d'une décision spéciale pour appliquer à l'hypothèque légale du fisc la règle ordinaire *Prior tempore, potior jure* et dans ce cas, l'empereur Antonin n'aurait-il pas plutôt écrit « *priori tempori* » qui est l'expression juste et consacrée. D'autant plus que rien dans le texte n'autorise une traduction si éloignée de celle qui s'offre d'abord à l'esprit. Le rescrit n'est pas un arrêt d'espèce, et il affirme bien un principe général. On lui oppose, il est vrai, un autre rescrit de ce même Antonin Caracalla, dans lequel on parle de l'hypothèque

(1) L. 1. C. Si propter publ. pens. IV. 46.

(2) L. 1. C. Si propter public. pens. IV. 46.

(3) Voy. Pellat. Gage et hyp., p. 99, note, 4 et les autorités qu'il cite.

du fisc, sans faire mention d'un privilège (1); mais c'est là un argument négatif, en quelque sorte, et le silence de ce texte ne peut en rien infirmer le principe si net posé par la loi 1. C. *Si propter publ. pens.* déjà citée. Et quant à la loi 2. C. *In quib. causis* (VIII, 15), qu'on pourrait être tenté de faire entrer dans le débat, elle aussi ne fait pas allusion à un privilège au profit du fisc; mais elle vise une toute autre hypothèse que celle qui nous occupe en ce moment : c'est l'hypothèse où un contrat a été passé avec le fisc.

Si l'on envisage d'ailleurs les motifs sur lesquels repose le privilège du fisc, certes ils sont de nature, non seulement à rendre nécessaire son existence, mais encore à lui faire attribuer la première place. Le privilège du fisc n'est-il pas fondé, en réalité, sur le principe de la *versio in rem*? L'Etat fait les frais de la sécurité commune, qui est le premier besoin des peuples civilisés; il est donc juste que le paiement des impôts, qui est pour lui le principal moyen de subvenir à ces charges, soit garanti de la façon la plus énergique (2). Déjà, à l'époque classique, alors que l'hypothèque légale du fisc n'était pas encore établie, c'était le fisc qui avait le pas sur tous les créanciers : « *Privilegium fisci est inter omnes creditores primum locum tenere* » (3). Et si l'on se rappelle les progrès effrayants de la fiscalité sous les empereurs, leurs dépenses personnelles et celles de l'Etat croissant sans cesse, les citoyens surchar-

(1) L. 1, C. *In quibus causis*. VIII, 15.

(2) Jourdan, p. 643.

(3) Paul. Sent. V. 12, 10.

gés d'impôts et abandonnant la culture de leurs terres plutôt que de payer le *tributum*, comment expliquer alors que le fisc ait perdu de la faveur qu'il avait auparavant dans les lois et n'occupe plus qu'un rang inférieur parmi les créanciers privilégiés ? (1).

Le fisc a aussi une hypothèque privilégiée pour ses créances contre un *primipilus*. Les *primipiles* étaient des employés chargés de faire rentrer les prestations en nature de denrées destinées à la subsistance de l'armée et de les faire verser dans les magasins établis à cet effet sur les frontières. Cette hypothèque porte sur les biens propres des *primipiles* et sur la dot de leurs femmes ; mais elle n'affecte le bien dotal de la femme que d'une façon subsidiaire, en cas de besoin, lorsqu'on a épuisé les biens tant du *primipilus* lui-même que de ceux qui l'avaient présenté au choix de l'autorité (*nominatores*) (2). Or une constitution très-nette de Dioclétien, insérée au Code, donne à cette hypothèque la préférence sur celle de la femme : « *Utilitas publica præ-*
» *ferenda est privatorum contractibus ; et ideo*
» *si constiterit fisco satisfactum esse ob causam*
» *primipili, poteris obligatam tibi possessionem*
» *dotis titulo petere, ut satis dote fieri possit* (3). »
Demangeat se refuse pourtant à voir, dans ce cas, une hypothèque privilégiée au profit du fisc :

(1) En ce sens : Voet. op. et loc. cit. § 22. — Pellat. Gage et Hyp. p. 100. — Jourdan, p. 654. — Accarias t. I p. 755 et la note. — Voy. aussi Machelard. Dissertations de droit romain et de droit français. Paris, 1880, p. 145.

(2) L. 4, C. In quib. causis, VIII, 15.

(3) L. 3, C. de primipilis, XII, 63.

« Je suis tenté de croire, dit Demangeat, que » dans l'espèce le fisc était *prior tempore* (1). » Tout d'abord, c'est là une hypothèse. Mais est-elle plausible? Demangeat lui-même prévoit l'objection et n'y répond pas : si l'on ne suppose pas que le mari, quand il a hypothéqué ses biens *dotis titulo*, n'avait pas encore ses biens grevés de l'hypothèque du fisc, comment comprendre alors que les empereurs, pour refuser à la femme la faveur qu'elle sollicite, invoquent l'*utilitas publica* et non l'*antériorité* de la date? C'est donc que le fisc, *posterior tempore* est pourtant *potior jure* (2).

Un troisième genre de créances pour lesquelles le fisc avait un privilège comprend ses créances *contractuelles*, par exemple, celles qui naissaient entre le fisc et ses fermiers indirects, entre le fisc et ceux auxquels il prête de l'argent, les agents qui avaient le maniement des deniers publics. Ce privilège existait-il et quelle était sa portée? — C'est un problème qui a fortement divisé les interprètes. Voici l'opinion qui nous semble concilier les différents textes qu'on a opposés les uns aux autres dans cette question. En principe, dans ses rapports avec l'hypothèque du fisc pour des créances contractuelles, l'hypothèque de la femme cesse d'être privilégiée; on suit, pour trancher le conflit, la règle commune de l'affectation hypothécaire. La loi 2. C. de *Privilegio fisci* (VII. 73) est très positive à cet égard : « Quamvis ex causa dotis, vir quondam » tuus tibi sit condemnatus, tamen si priusquam

(1) Demangeat. De la condition du fonds dotal en droit romain, p. 157.

(2) En ce sens Pellat. Gage et Hyp. p. 54.— Jourdan, p. 655.

» res ejus tibi obligarentur, cum fisco contraxit, jus
» fisci causam tuam praevenit. Quod si post bono-
» rum ejus obligationem rationibus meis coepit esse
» obligatus, in ejus bona cessat privilegium fisci. »
— Mais, où le privilège du fisc apparaît, c'est sur
les biens acquis par le mari depuis le jour du
contrat avec le fisc : dans ce dernier cas la règle
prior tempore, potior jure cesse d'être applicable,
l'hypothèque du fisc primera celle de la femme
quoique cette dernière fût antérieure en date. Cette
distinction résulte formellement du texte suivant :
« Si qui mihi obligaverat quae habet habiturus
» esset, cum fisco contraxerit : sciendum est,
» *in re postea acquisita fiscum potiore esse debere,*
» Papinianum respondisse, quod et constitutum
» est, *praevenit enim causam pignoris fiscum.* » (L.
28 D. *de jure fisci*. XLIX, 14) (1).

Machelard n'admet pas la distinction que nous
venons d'établir. Pour lui les deux dernières lois
que nous avons reproduites, se réfèrent à une
situation identique et rappelant les mots qui
terminent la première phrase de la loi 2 C. *de*
privilegio fisci (VII. 73) « *jus fisci tuam causam*
» *praevenit* », il ajoute : « Ce sont précisément
» les mêmes termes que nous retrouvons dans
» la loi 23, déjà citée, où Ulpien motive sa
» décision par ces expressions : « *praevenit cau-*
» *sam pignoris fiscus.* » Le jurisconsulte invoquant
» une constitution, il est naturel de penser qu'il
» fait allusion à celle que nous a conservée Jus-
» tinien et qui est devenue la loi 2, C *de Priv.*

(1) En ce sens Pellat, op. cit., p. 99. — Jourdan, p. 647 et 654,
— Accarias, t. I, p. 755 et la note.

» *fisci*. Or, comme dans cette constitution, la pré-
» férence donnée au fisc se justifie par l'ancien-
» neté de sa créance, on est conduit à penser
» qu'Ulpien avait en vue un cas analogue dans
» la loi 28. » (1) Cette argumentation est très
ingénieuse, mais on a fait remarquer avec beau-
coup de justesse que dans la constitution de
Caracalla (L. 2. C. de *Priv. fisci*) il n'est pas du
tout question de biens acquis après que le débi-
teur a contracté avec le fisc ; or c'est précisé-
ment sur ceux-là seuls que d'après Ulpien et
Papinien porte le privilège. Les hypothèses pré-
vues par l'une et l'autre de ces deux lois sont
donc loin d'avoir quelque similitude (2).

Avait encore un rang supérieur à la femme
le créancier qui avait fourni des deniers pour
l'acquisition d'une *militia*. On désignait sous le
nom de *militia* certaines fonctions publiques,
érigées en offices, que les titulaires pouvaient
verdre et hypothéquer : telles étaient les charges
d'huissiers du palais, *silentiarit sacri palatii*, d'at-
tachés à la chancellerie impériale, *adjutores sacri
palatii* (3). Doneau donne de cette préférence
une double raison qui est excellente : c'est
d'abord que le prêteur de deniers a mis la chose
dans le patrimoine du mari ; c'est ensuite que
la *militia* sera non seulement pour le mari,
mais aussi pour la femme une source de profit
et d'honneur et si le mari en retire quelque

(1) Machelard, op. cit., p. 145. — Voy. aussi Demangeat,
op. cit. p. 155, note 1.

(2) Jourdan, p. 646, note 17.

(3) Jourdan, p. 245.

gloire, cette gloire en rejaillira sur la femme : « *maritorum honos et decus etiam ad uxores pertinet.* » (1). Mais la *Novelle* 97 (2) qui crée ce privilège impose à celui qui veut en bénéficier des conditions rigoureuses : un *instrumentum* doit être passé portant la signature de témoins ; il faut qu'il indique expressément que l'argent a été prêté « *occasione militiæ vel pro aliis quibusdam talibus causis* » et qu'il mentionne en outre que « *casu proveniente prior sit solus, qui ad hoc credidit* ».

Cette même *Novelle* 97 (Chap. III) nous fournit une autre hypothèse dans laquelle au contraire, la femme passe avant certains créanciers privilégiés. Ce sont des créanciers pour faits de *versio in rem*, créanciers hypothécaires dont l'argent a servi au débiteur à acquérir, à reconstruire ou à conserver la chose qui sert de gage commun à tous (3), Or, on s'était demandé, paraît-il, si celui qui a prêté de l'argent au mari pour lui procurer ou réparer un navire, lui bâtir une maison ou lui acheter un champ, doit obtenir sur ces biens, lorsqu'il les a stipulés en gage, une hypothèque préférable à celle de la dot. Après avoir beaucoup réfléchi, « *plurimum super his cogitantes* », Justinien répond en faveur de la femme et lui assure la priorité « *Non invenimus mulierem juste existentem cedere alicui tali privilegio.* » Et son argumentation est assez étrange pour mériter d'être reproduite ; il semble d'ailleurs

(1) Doneau, Ad. leg. Assiduus. Ad. tit. XVIII, 8, C. Qui pot. — op. cit. p. 1166.

(2) Nov. 97, chap. IV.

(3) L. L. 5 et 6 D. Qui pot. XX. 4.

que l'empereur ait eu conscience de sa bizarrerie, pour ne pas dire plus : « Videbamus enim, » ajoute-t-il, (quae causae absurditas est) quia » aliquis quidem fornicantibus mulieribus ex pro- » prio corpore advenit quaestus, et vivunt ex hoc » quaestu : adversantibus autem, et quae seme- » tipsas atque substantiam ad virum introducunt, » non solum nullus sit quaestus a viris male » degentibus, sed etiam minuantur, et spes eis » nulla sit » (1). Rien cependant de plus équitable que le privilège attaché à la *versio in rem* » *quoniam ex creditorum substantia res acquisita*, » Aussi des commentateurs ont voulu restreindre cette faveur accordée à la femme et décident par un *a contrario* tiré des mots « *veniat autem* » *et alter creditor posterior quidem* » que la femme est primée par le créancier hypothécaire pour fait de *versio in rem* dont la créance est antérieure en date à l'hypothèque de la dot (2). Mais cette opinion se heurte à ce qui forme le dispositif de la *Novelle* 97 (Chap. III) et qui lui ne comporte aucune restriction; il est aussi général que possible, et il semble bien que l'intention de Justinien a été de mettre la femme avant tous les créanciers privilégiés de ce chef (3). « Si quis domum renovasset, aut etiam agrum » emisset, non possit talia privilegia mulieribus » opponere » car, dit Justinien « minui autem eis » dotem *nullo sinimus modo*. »

Voici donc quels seraient, à notre avis, le classe-

(1) Nov. 97, ch. III.

(2) Perez, op. et loc. cit. § 26.— Cujas, *Recit Solemn.*, Ad. ult. leg. *Assiduus*.

(3) Voy. Pellat. Gage et hyp., p. 102, texte et note 17.

ment de ces différents privilèges et le rang qu'y occuperait l'hypothèque privilégiée de la femme :

1° Le fisc à raison des impôts.

2° Le fisc pour ses créances contre les primipiles.

3° Le fisc pour ses créances contractuelles, mais seulement sur les biens acquis par le débiteur après qu'il a contracté avec le fisc.

4° Celui qui a prêté de l'argent pour l'achat d'une *militia*.

5° La femme pour ses CRÉANCES DOTALES (1).

Si nous supposons plusieurs hypothèques dotales en présence, par exemple un conflit soit entre deux femmes successives d'un même individu, soit entre la seconde et les enfants de la première, c'est alors la date qui fixe le rang et la priorité appartient toujours à la première femme ou à ses enfants (2).

Jusqu'ici, suivant en cela l'exemple de Justinien, nous n'avons envisagé que le cas où la femme est en concours avec des créanciers du mari. Les interprètes ont imaginé une hypothèse plus délicate : celle où la femme se trouve en présence d'un créancier hypothécaire d'un précédent propriétaire. Voici l'espèce : *Primus*, après avoir consenti une hypothèque sur son fonds au profit de A, vend son fonds à *Secundus*. *Secundus* se marie. L'hypothèque privilégiée que la femme de

(1) Sic : Jourdan, p. 654. — C'est aussi celle adoptée par Pellat, *Gage et Hyp.*, p. 160, sauf cette différence de détail que Pellat, à propos des créances contractuelles du fisc, ne reproduit pas la distinction que nous admettons et qu'il a admise lui-même, à la page précédente (p. 99).

(2) L. 12, l. C. Qui pot. VIII, 18. — Nov. 91, praef. et chap. I.

Secundus a sur les biens de son mari prime les hypothèques précédemment consenties par *Secundus*; mais prime-t-elle aussi l'hypothèque de A qui a été constituée par *Primus* le précédent propriétaire? La question a fait l'objet d'un très vif débat. L'ancienne doctrine accordait la préférence aux créanciers de *Primus* sur ceux de *Secundus*, quels qu'ils fussent. Les premiers, disait-on, ont des droits acquis, une hypothèque qu'aucune aliénation ne peut atteindre. Et de même qu'en cas de succession à titre universel, on permet aux créanciers du défunt de se mettre à l'abri du concours des créanciers de l'héritier, en leur donnant la séparation des patrimoines; pourquoi, lorsqu'il s'agit de succession à titre particulier, ne pas accorder aux créanciers du propriétaire primitif une sorte de séparation des patrimoines, *separatio ex jure hypothecario*? Ce serait, d'ailleurs, un résultat désirable, surtout en matière de privilèges, où tout est laissé au caprice du législateur. — On répond à ce système de la façon suivante. Il ne s'agit pas de savoir ce que le législateur peut faire, mais ce qu'il a voulu faire. Ce point de vue étant admis, il est incontestable qu'en droit romain la question n'avait été ni soulevée, ni résolue: elle est le produit de l'imagination des commentateurs. En l'absence de textes, il faut donc s'en tenir au principe général qui fixe le rang des privilèges: « *Privilegia non ex tempore sed ex causa aestimantur.* » Ces considérations sont également vraies en ce qui concerne le privilège exorbitant accordé à la femme pour la conservation de sa dot. Justinien ne s'est pas préoccupé

de cette hypothèse anormale; sa pensée, lorsqu'il dictait la constitution *Assiduis*, ne s'était arrêtée que sur le cas le plus ordinaire, celui du concours de la femme avec les créanciers du mari; si l'on se reporte aux Institutes (1), il s'y explique d'une façon plus générale, « plus impersonnelle en quel- » que sorte » : *praeferri autem aliis creditoribus* » : expression en parfaite harmonie avec le but qu'il poursuit, qui est de sauvegarder avant tout et contre tous la dot de la femme (2).

L'hypothèque privilégiée de la femme n'est-elle opposable qu'aux seules hypothèques légales ou faut-il admettre, au contraire, qu'elle doit passer avant toutes les autres hypothèques, sans exception, même avant les hypothèques conventionnelles ou expresses? Il est certain que Justinien n'a fait aucune distinction de ce genre; ni les termes de la loi *Assiduis*, ni la pensée de Justinien ne peuvent faire naître d'hésitation : il faut absolument que la dot de la femme se retrouve dans le patrimoine du mari et tant que ce patrimoine comprendra quelque chose, il faut dire que cela représente avant tout la dot de la femme. Cette question, « *qu'on ne discute même plus aujourd'hui* » (3), avait pourtant fait grand bruit chez nos anciens commentateurs. Doneau, en particulier, avait soutenu, avec éclat et en de longs développements, que la femme ne jouissait du droit de préférence qu'à l'encontre des créanciers ayant une hypothèque tacite analogue à la sienne

(1) Inst. IV, 6 § 29.

(2) Sur toute cette question voy. Jourdan, p. 628 et suiv. et 655 et les autorités citées en note.

(3) Jourdan, p. 649.

tels que le fisc, le pupille, etc. (1). Sa préoccupation, visible à chaque ligne et qu'il ne se met pas en peine de cacher, est de restreindre, coûte que coûte, la portée de la loi *Assiduis*, pour en atténuer autant que possible l'injustice : « *Melius est et aequius* », dit-il en présentant son opinion. Le principal argument qu'il invoque à l'appui de sa manière de voir repose tout entier sur le mot « *privilegio* » de la Constitution *Assiduis*. En s'exprimant ainsi : « *licet anterioris sint temporis privilegio vallati* », Justinien ne ferait allusion qu'aux créanciers antérieurs qui jouissent d'un privilège. De sorte que, d'après Doneau, cette phrase devrait se traduire ainsi : « bien que les créanciers munis d'un privilège soient antérieurs en date ». C'est, à notre avis, tout simplement un contre-sens : il suffit de lire le texte : le mot « *temporis* » se rapporte à « *privilegio* », c'en est le complément et il ne peut en être détaché : la construction de la phrase l'indique nettement. Perez, qui, de son temps, qualifiait déjà cette controverse de « *vetus controversia* » fait remarquer avec raison que le texte de la loi *Assiduis* n'est nullement restrictif et embrasse dans sa généralité les hypothèques tacites et les hypothèques expresses : « *Sancimus mulieres habere potiora jura, contra omnes mariti creditores.* » D'autant plus, ajoute-t-il, que les expressions « *anterioris temporis privilegio vallati* » s'appliquent parfaitement aux créanciers à hypothèque conventionnelle, car pour eux l'antériorité

(1) Doneau. Traité de pignoribus et hypothecis. Chap. 12. Qui pot. in pign. § 16, op. cit. t. VI, p. 1026. — Voir aussi Ad. leg. *Assiduis* op. cit. t. IX.

de l'affectation hypothécaire est, à vrai dire, une cause de préférence (1). Cujas avait, lui aussi, adopté cette opinion et il cite déjà à l'appui de sa manière de voir, l'autorité du glossateur Martinus (2).

(1) Perez, *op. cit.* — In lib. V. C. XII, de jure dotium, n° 19.

(2) Cujas. *Recit. solemn. Ad. leg. ult. C. Qui pot.*

CHAPITRE VII

De la renonciation à l'hypothèque légale

La renonciation d'un créancier hypothécaire à son droit peut être expresse ou tacite. Expresse, elle n'aura cependant besoin d'être accompagnée d'aucune solennité de formes, puisque la constitution de l'hypothèque ne suppose rien au-delà du simple consentement. Tacite, elle s'induit de circonstances diverses, du consentement donné par le créancier à la constitution d'une hypothèque nouvelle, à l'aliénation, à la donation ou à la constitution de dot de l'objet affecté à son hypothèque. Le principe est écrit dans la loi 153. Dig. de *Regulis juris* (L. 17) : « *Creditor qui permittit rem venire, pignus demittit* » (1).

A ce point de vue, la femme était-elle mise sur le même pied qu'un créancier hypothécaire ordinaire et jouissait-elle des mêmes pouvoirs ? Notamment son concours à un acte de vente, fait par le mari, d'un fonds qui lui était hypothéqué, emportait-il renonciation à son hypothèque ?

(1) Voy. aussi L. 4. 1. D. Quib. modis pign. (XX. 6). — C'était au moyen d'une exception que le bénéficiaire de la renonciation faisait valoir, en droit romain, l'extinction de l'hypothèque. Au créancier qui, après avoir renoncé, poursuivait hypothécairement le tiers détenteur, celui-ci lui opposait l'exception *remissae hypothecae*. L. 2, C. de remissione pign. VIII, 26.

Au début de cette étude, nous avons vu que le principe d'intérêt public, base du *privilegium dotis*, ne permettait pas à la femme de renoncer à cette mesure de protection avant la dissolution du mariage. Pour ce qui est de l'hypothèque que la femme stipulait pour garantir la restitution de sa dot, ce principe d'ordre public fait défaut, et nul ne pouvait songer à l'invoquer, pour défendre à la femme de dépouiller de cette sûreté ses créances dotales. L'absence de cette sûreté étant le droit commun, la femme, en y renonçant, ne faisait que rentrer dans le droit commun (1). Il n'est pas douteux qu'on appliquait à la renonciation de la femme les principes admis en matière de renonciation à son hypothèque par un créancier quelconque. La loi 11 Dig. *quib. modis pign.* (XX. 6) nous indique une hypothèse qui devait se réaliser bien souvent : c'est celle du concours de la femme à une constitution de dot, au profit d'un enfant commun, d'un fonds qui lui est hypothéqué. Ce concours emporte renonciation à l'hypothèque et le jurisconsulte Paul, ne nous présentant pas cette décision comme une décision de faveur, il est permis d'y voir l'application du droit commun.

Mais il serait peut-être téméraire de s'en tenir aux principes généraux et de ne pas se demander si la situation particulière de la femme, au point de vue du droit civil, n'était pas de nature à apporter des exceptions à la règle que nous venons de poser. Le sénatus-consulte *Velléien*, en effet, avait restreint la capacité de la femme

(1) Demang. Condition du fonds dotal, p. 31.

dans une notable mesure, et la renonciation à l'hypothèque se prêtant merveilleusement, par sa nature même, à déguiser des actes juridiques très divers, ne se pouvait-il pas que la renonciation renfermât, certaines fois, une véritable *intercession*. Absorbant les édits d'Auguste et de Claude, qui interdisaient à la femme de cautionner son mari, le S.-C. Velléien étendit cette prohibition à toute femme, mariée ou non (1). Désormais, défense fut faite à la femme de s'obliger pour autrui, d'*intercéder*, et la sanction de cette défense est très grave ; c'est la nullité de l'obligation, nullité tellement absolue qu'il ne se forme même pas d'obligation naturelle (2).

Qu'est-ce donc qu'une intercession ? Intercéder « c'est aller trouver un débiteur et se joindre » à lui pour partager la charge de sa dette ou » se substituer à lui pour le libérer. » Mais cette définition ne peut nous donner qu'une idée imparfaite des conditions requises que doit réunir une intercession, pour tomber sous le coup du Velléien. On peut ramener à quatre ces conditions :

1° Il faut que la femme *s'oblige*. — Si l'acte de la femme constitue en faveur d'autrui une aliénation, le sénatus-consulte ne s'applique pas. Ce qu'il redoute pour la femme, ce n'est pas un appauvrissement actuel et certain, c'est un engagement dont on ignore les suites et qui peut laisser entraîner la femme à des illusions dangereuses.

2° Il faut qu'elle *s'oblige pour autrui*. — La femme

(1) L. 2 pr. et § 1 D. Ad. senatus-con. Velleianum, XVI, 1.

(2) L. 8, 3, D. hoc titulo.

reste capable de s'obliger; si l'obligation est une obligation toute nouvelle, qu'elle seule a créée par un contrat indépendant, elle est liée.

3° Il faut de plus que la femme s'oblige *dans l'intérêt d'autrui*, c'est-à-dire sans arrière-pensée intéressée, sans même vouloir faire sa propre affaire et en retirer un profit personnel : car ce qui importe ici, c'est l'intention de la femme.

4° Pour qu'il y ait intercession, il faut, en dernier lieu, que l'acte accompli ne constitue pas une donation. La femme reste capable de donner; mais la donation doit être réelle, c'est-à-dire qu'il y ait une perte actuelle et évidente pour la femme et un enrichissement de celui pour qui elle intervient (1).

La renonciation de la femme à son hypothèque réunit-elle tous ces éléments : elle sera nulle comme contenant une intercession prohibée. Mais on le voit, par les courtes explications que nous venons de donner sur le Velléen, la réponse à la question de savoir si la renonciation renferme une intercession, variera suivant les circonstances dans lesquelles elle a été passée et les personnes au profit desquelles elle est intervenue. La question devient, en somme, une question de fait. Voici quelques décisions empruntées à la jurisprudence :

Par exemple, que la femme fasse remise à son mari de l'hypothèque qui assurait la restitution de sa dot, il n'y a certes pas là une *intercessio* : nous n'y rencontrons pas d'engagements pour autrui. Des

(1) Sur tous ces points voy. Gide, op. cit. p. 156 : nous n'avons fait que résumer cet auteur.

textes positifs en proclament la validité : « Quamvis » pignoris datio intercessionem faciat, dit Ulpien, » tamen Julianus, lib. 12 Digest. scribit, redditionem » pignoris, si creditrix mulier rem, quam pignori » acceperat, debitori liberavit, *non esse intercessio-* » *nem* » (1). Le Code maintient cette règle : « Etiam » constante matrimonio, jus hypothecarum seu » pignoris marito remitti posse, explorati juris » est » (2). D'un autre côté, les donations entre époux étant prohibées, des doutes auraient pu s'élever sur le point de savoir s'il ne fallait pas annuler un tel acte comme donation entre époux : les jurisconsultes en avaient décidé autrement et considéraient cette renonciation comme une aliénation pure et simple : « Et si pignus vir uxori, dit » Papinien, vel uxor viro remisit : verior sententia » est nullam fieri donationem existimantium » (3).

Si nous supposons, au contraire, que la femme, au lieu d'abandonner complètement son droit d'hypothèque, s'est seulement démise de son rang au profit d'un créancier hypothécaire inférieur du mari — pour employer une expression moderne — si la renonciation n'est autre chose qu'une *cession d'antériorité*, alors le sénatus-consulte Velléien reçoit son application. Cela résulte du passage suivant d'Africain : « Si mulier dixisset, sibi rem dotis nomine » obligatam, et creditor curasset ei pecuniam dotis » solvi, qui idem pignus acciperet, mulieri etiam » pecunia credita deberetur : si possessor creditor » adversus eam serviana actione agentem exciperet,

(1) L. 8 pr. Dig. Ad. sct. Velleianum (XVI. 1).

(2) L. 11. C. Ad. sct. Vel. IV. 29.

(3) L. 18. D. Quae in fraud. credit. XLII, 8.

» si non voluntate ejus pignus datum esset, replica-
» tionem mulieri senatus consulti non profuturam :
» nisi creditor scisset, etiam aliam pecuniam ei
» deberi » (1).

Ce texte, assez embarrassé, dans lequel M. Jourdan reconnaît « la tournure africaine » (2) de son auteur, demande une explication. Une femme a deux hypothèques sur un fonds appartenant à son mari, l'une pour sa dot, l'autre pour argent prêté. Un tiers accepte une hypothèque sur ce même immeuble : la femme lui déclare l'existence de l'hypothèque dotale, mais dissimule le prêt. Le tiers prend ses mesures pour assurer le paiement de la dot. Mais quand il se trouve en possession de l'immeuble, la femme intente l'action *servienne*. Il répond par l'exception *si non voluntate ejus pignus datum esset*. La femme pourra-t-elle invoquer le sénatus-consulte Velléen ? Non, dit Africain, parce qu'elle a commis un dol et que le sénatus-consulte ne subvient pas aux femmes qui trompent ; mais si le créancier avait eu connaissance de la seconde hypothèque, le consentement de la femme ne la priverait pas du bénéfice du sénatus-consulte. C'est donc qu'en principe et en dehors de la circonstance toute spéciale relevée dans l'espèce, toute cession de priorité est nulle comme contraire au sénatus-consulte Velléen. Car c'est bien comme une cession de priorité qu'Africain interprète la convention qui fait l'objet de sa décision ; si c'était une renonciation absolue, la question de l'application du Velléen ne pourrait se poser. La décision

(1) L. 17. 1. D. Ad. scilicet. Vel. XVI. 1.

(2) Jourdan, p. 670, note 20.

du jurisconsulte, est, d'ailleurs, de tous points conforme à l'esprit du sénatus-consulte Velléen :
« la femme qui renonce à son rang en faveur d'un
» autre créancier n'aliène rien, mais elle oblige en
» quelque sorte, envers ce créancier, le bien qui lui
» a été donné en gage, ce qui est tout autant une
» intercession que si elle obligeait son propre bien
» ou si elle s'obligeait elle-même. . . . En ne cédant
» que son rang, la femme s'expose pour l'avenir à
» un préjudice éventuel dont elle ne peut mesurer
» l'étendue » (1).

Plaçons-nous maintenant dans l'hypothèse d'une renonciation de la femme à son hypothèque légale au profit d'un tiers détenteur. Les jurisconsultes romains admettaient la validité de cette convention ; il n'y avait pas là, à leurs yeux, une intercession défendue par le sénatus-consulte Velléen. Nous avons à cet égard une décision spéciale à la femme, décision déjà mentionnée, dans un cas qui présente la plus grande analogie avec celui qui nous occupe actuellement. C'est l'hypothèse du consentement de la femme à une constitution de dot, en faveur d'un enfant commun, d'un fonds grevé d'une hypothèque au profit de la femme (2). Or le jurisconsulte Paul, l'auteur de ce fragment, qui écrivait sous l'empire du Velléen, voit dans ce concours une renonciation de la femme à son hypothèque, et n'en conteste pas la validité. Bien plus, — et nous l'avons déjà fait remarquer — il ne présente pas cette décision comme

(1) Gide, p. 156. — Jourdan, op. et loc. cit.

(2) Loi 11. D. Quib. mod. pign. XX, 6.

exceptionnelle et dérogatoire au droit commun. Rien n'empêche donc de la généraliser ; rien n'empêche, en particulier, de l'étendre à l'hypothèse de la renonciation au profit d'un tiers acquéreur : la constitution de dot ne renferme-t-elle pas une aliénation ? (1).

Une constitution d'*Anastase* ne fait que confirmer cette opinion : elle accepte, en effet, comme un principe indiscuté que la femme peut renoncer à son hypothèque au profit d'un tiers qui traite avec le mari. En voici le texte : « Jubemus licere » mulieribus, et pro uno contractu vel certis » contractibus, seu pro una, vel certis personis » seu rebus, juri hypothecarum sibi competenti per » consensum proprium renunciare, quodque ita » gestum sit, hac auctoritate, nostra firmum illibatumque custodiri ; ita tamen ut, si generaliter, » tali renunciatione pro uno, ut dictum est, contractu » seu certis contractibus, vel ad unam vel certas » res seu personas consensum proprium accommodantes usae sunt vel uerint, eadem renunciatio ad » illos contractus et illas res seu personas quibus » consensum proprium accommodaverunt vel accommodaverint coarctetur, nec aliis quibusdam » contractibus, quibus minime mulieres consenserunt vel consenserint, praetendentibus eam » opponendi licentia praebeatur ; his scilicet omnibus, quæ in præsentî per hanc consultissimam » legem statuimus, ad præteritos nihilominus contractus, pro negotiis et controversiis, necdum » transactionibus vel definitivis sententiis seu alio

(1) Demangeat, p. 34. — Mérignhac, Traité des contrats relatifs à l'hypothèque légale de la femme. Introduction, p. 19 et suiv.

» legitimo modo sopitis, locum habituris » (1). Si nous avons reproduit en entier cette longue constitution, c'est que, selon nous, ni la rédaction, ni les termes employés par l'empereur Anastase ne dénotent la pensée de trancher une controverse, déjà née, sur la question de savoir si la femme pouvait renoncer à son hypothèque dans tel cas plutôt que dans tel autre. Rien n'y fait allusion « à » des doutes qui se seraient élevés dans la pratique sur la possibilité pour la femme, au cas où le mari vend ou hypothèque à un tiers un bien déjà hypothéqué à la femme, de renoncer à cette garantie » (2). Si l'empereur Anastase avait voulu lever ces doutes, assurément il se serait exprimé d'une tout autre façon. Pour nous, la capacité de la femme à la renonciation ne fait pas l'objet de difficultés ; la controverse — si controverse il y avait — ne porterait que sur la question de savoir *dans quelles limites* la femme peut renoncer. C'est là le point particulier qu'a voulu réglementer l'auteur de la loi. Il n'a eu qu'un but : prohiber les renonciations générales ; sa pensée, qu'il développe d'ailleurs avec assez de complaisance, est de ne tolérer que les renonciations faites en faveur de telle ou telle personne, à l'occasion de tel ou tel contrat déterminé. Ce qu'il a en vue, il le dit assez clairement : il ne veut pas qu'on étende les renonciations en dehors des limites tracées par la convention des parties, à d'autres cas que ceux pour lesquels la femme a donné son consentement.

(1) L.21. C. Ad. set. Vel. IV. 29. — Quant à la date de cette constitution, on hésite entre les années 508 et 517. — V. Demang. op. cit. p. 33, note 1.

(2) Demangeat, p. 33.

L'usage s'était sans doute introduit de faire donner à la femme une renonciation générale, et des abus s'étaient probablement glissés (1).

Toutes nos explications précédentes n'ont porté que sur l'hypothèque conventionnelle ; les principes et les solutions adoptés s'appliquent également aux hypothèques légales créées par Justinien. A défaut de la loi 11 C. *ad set Vel.* (IV. 29), ce qui suit prouve avec évidence que les principes n'ont pas varié. Mais Justinien apporta bientôt en cette matière de graves modifications qu'il nous reste à examiner.

Dans la constitution de l'année 530 qui créait au profit de la femme une hypothèque tacite sur tous les biens du mari et dont nous avons analysé le paragraphe premier, Justinien, après avoir déclaré que désormais la règle de la loi Julia s'appliquera *non tantum in italicis fundis, sed etiam in provincialibus*, s'exprime ainsi : « Cum » autem hypothecam ei etiam ex hac lege donavimus, sufficiens habet remedium mulier, etsi » maritus fundum alienare voluerit. Sed ne et » consensu mulieris hypothecæ ejus minuantur, » necessarium est et in hac parte mulieribus » subvenire, hoc tantummodo addito ut fundum » dotalem non solum hypothecæ titulo dare nec » consentiente muliere maritus possit, sed nec » alienare, ne fragilitate naturæ suæ in repentinam deducatur inopiam. » (2) Au point où nous en sommes arrivé, il nous est facile de saisir la pensée de Justinien. Les femmes avaient

(1) Jourdan, p. 671. — Mèrignhac, op. cit. p. 21.

(2) L. unic. §, 15. C. De Rei uxor. V. 13.

toute liberté de soustraire les biens de leurs maris soit à l'hypothèque privilégiée de la dot, soit à l'hypothèque générale. Tout d'abord leur consentement suffisait pour valider la vente des biens dotaux ; ensuite, par une conséquence logique et rigoureuse de ce pouvoir laissé aux femmes, elles avaient le droit incontestable de renoncer à leurs hypothèques sur ces mêmes biens. Laisser les choses en cet état, c'était, pour Justinien, rendre stériles les innovations qu'il venait d'accomplir dans le but de protéger la fortune des femmes. Il le comprit sans peine et pour restreindre la faculté qu'avait la femme de renoncer à son hypothèque, il défendit l'aliénation du fonds dotal, même avec le consentement de la femme. (1)

Mais cette défense apportée à la renonciation ne fut pas absolue. Justinien ajoute en effet :
« *Licet enim Anastasiana lex de consentientibus*
» *mulieribus vel suo juri renunciantibus loquatur,*
» *tamen eam intelligi oportet in rebus mariti*
» *vel dotis quidem æstimatis in quibus dominium*
» *et periculum mariti est. In fundo autem non*
» *æstimato, qui et dotalis proprie nuncupatur,*
» *maneant jus intactum, ex lege quidem Julia*
» *imperfectum, ex nostra autem auctoritate*
» *plenum, atque in omnibus terris effusum, non tau-*
» *tum Italicis, et sola hypotheca conclusum* » (2).
Justinien, dans ce passage, distingue entre les biens dotaux estimés et les biens du mari, d'une part, et, d'autre part, le fonds dotal non estimé, le

(1) Demangeat; op. cit. p. 36.

(2) L. unic. 15. C. De Rei uxor. V. 13.

fonds dotal proprement dit. La prohibition ne porte que sur la renonciation à l'hypothèque privilégiée qui grève le fonds dotal *non estimé* ; mais, comme auparavant, il sera loisible à la femme de renoncer à son hypothèque privilégiée sur les immeubles dotaux estimés ou à l'hypothèque ordinaire qu'elle possède sur tous les biens propres du mari. Quant à étendre la défense de renoncer à l'hypothèque privilégiée, en tant qu'elle porte sur les meubles dotaux, ce serait en opposition tout à la fois avec le texte et avec la logique. La question ne peut faire de difficultés, d'ailleurs, qu'en ce qui concerne les meubles non estimés ; car pour les meubles *estimés*, la loi unic § 15 C. de rei uxor. (V. 13) dit expressément que la règle édictée par la loi Anastasienne doit s'appliquer aux biens dotaux estimés, sans faire aucune distinction entre les meubles et les immeubles : « tamen eam intelligi oportet in *rebus* mariti vel « dotis *aestimatis*. » Quant aux meubles apportés en dot *sans estimation*, il suffit de remarquer que Justinien, en s'occupant des biens dotaux non estimés, parle seulement du fonds dotal : « In *fundo* autem non *æstimato*. » Et son silence à l'égard des meubles non estimés a d'autant plus de poids que la loi unic (§ 15) est un texte prohibitif et qu'on doit dès lors lui appliquer les règles de l'interprétation restrictive. La logique vient ici en aide aux arguments de texte. Comme le fait remarquer très justement Demangeat : « Si dans le cas d'immeubles apportés » en dot avec estimation, cas où la dot consiste

» *in pecunia*, il est permis à la femme de
» renoncer à son hypothèque privilégiée sur ces
» immeubles (et Justinien le lui permet positivement), il est impossible de comprendre
» pourquoi la renonciation ne serait pas également permise quand des objets mobiliers ont
» été apportés en dot avec ou sans estimation. » (1).

(1) Demangeat, p. 38.

DROIT FRANÇAIS

DES RENONCIATIONS PAR LA FEMME à son Hypothèque Légale au PROFIT du TIERS ACQUÉREUR (*Loi du 13 Février 1889*)

INTRODUCTION

CHAPITRE PREMIER

**De l'hypothèque légale de la femme mariée. —
De la renonciation à cette hypothèque au profit
du tiers acquéreur. — Sa raison d'être.**

1. — A l'exemple du Droit romain, et suivant en cela notre ancienne Jurisprudence, le Code civil a accordé à la femme mariée une hypothèque légale sur tous les biens de son mari (art. 2121 civ.).

Née du fait même du mariage, cette hypothèque se produit, quel que soit le régime adopté par les époux, et en aucun cas il ne peut être stipulé que la femme n'en jouira pas (art. 2140 civ.).

2. — Elle a pour objet de garantir toutes les créances qu'une femme mariée peut avoir en cette qualité contre son mari, « ses droits et ses créances » comme dit l'article 2121, et si l'article 2135, en ne mentionnant que trois catégories de créances, semble limitatif, c'est une apparence à laquelle il ne faut pas s'arrêter : cette article a seulement pour but de déterminer, à raison de leur origine, le rang qui revient à chacune de ces créances. Dès lors, plus la fortune de la femme sera considérable, plus ses reprises et l'étendue de son hypothèque légale croîtront, ordinairement du moins, dans la même proportion.

3. — Cette hypothèque est générale et occulte.

Générale, elle grève la totalité des immeubles du mari, présents et à venir, à moins que l'hypothèque légale n'ait été restreinte à certains de ces immeubles, soit par le contrat de mariage (art. 2140 civ.), soit, et à défaut, pendant le mariage lui-même, au moyen des formalités spéciales des art. 2144 et 2145 civ. Elle frappe également les conquêts de communauté, comme les immeubles propres du mari (1).

(1) Tel est le principe. — La question de savoir si, sous le régime de la communauté, l'hypothèque légale de la femme affecte les conquêts immeubles dépendants de cette communauté et dans quelle mesure elle les atteint, a soulevé une vive controverse. Ce n'est pas ici le lieu de l'étudier en détail, et nous ne pouvons que résumer notre opinion sur ce point délicat. Il faut, d'après nous, distinguer suivant le parti que prendra la femme à la dissolution de la communauté. Si la femme renonce à la communauté, l'affirmative n'est pas douteuse ; pas de différence à cet égard entre les conquêts et les immeubles propres du mari. Cette solution a pourtant été contestée. — En cas d'acceptation de la communauté, le principe ne change pas, la femme garde son hypothèque légale sur les acquêts immeubles mis au lot du mari, mais la

Occulte, l'hypothèque légale de la femme est dispensée d'inscription (1) et rien, en principe, n'en révèle l'existence aux tiers. Rien, d'ailleurs, n'en indique la portée ; et jusqu'au dernier jour, jusqu'à la dissolution de la société conjugale et à sa liquidation, les créances que l'hypothèque légale garantit sont, en partie, ou peuvent être inconnues ou indéterminées.

4. — Comme toute autre hypothèque, l'hypothèque légale de la femme mariée lui confère le droit de préférence et le droit de suite. Armée du droit de suite, la femme pourra faire saisir et vendre l'immeuble du mari dans quelques mains qu'il se trouve, « suivre » l'immeuble vendu. Avec le droit de préférence, elle a le pouvoir de se faire payer sur le prix provenant de l'aliénation avant tous autres créanciers, c'est-à-dire,

femme qui accepte, étant censée avoir été représentée par son mari dans tous les actes passés par le mari comme chef de la communauté, ne peut exercer son hypothèque légale à l'encontre des tiers qui, durant la communauté, ont valablement acquis des droits de propriété ou d'hypothèque, sur ces biens. — Voy. sur cette question et en ce sens notamment : Aubry et Rau. Cours de droit civil français, 4^e édit. t. III, § 264 ter, p. 225 et les notes. *Addé* aux autorités cités dans cet ouvrage *loc. cit.*, dans le même sens : Thézard, Du nantissement, des privilèges et hypothèques. Paris, 1880, n° 98, p. 141 et n° 133, p. 181. Le Baron, Etude sur l'hypothèque légale de la femme. Paris, 1880, n° 333 et suiv. Baudry-Lacantinerie Précis de droit civil, 1^{re} édit., t. 3, n° 1227, p. 716. — *Contrà*, Pont. Des Privilèges et hypothèques, 3^e édition, t. 1^{er}, n° 521 et suiv. — Mérygnac, Traité des contrats relatifs à l'hyp. lég. de la femme, Paris, 1882, n° 1252, p. 741. Baudry-Lacantinerie, op. cit. 3^e édition, n° 1252, p. 541. — Voy. aussi : Colmet de Santerre, Cours analytique du Code civil, t. 9, n° 81 bis, VIII. — La jurisprudence consacre de plus en plus le système que nous venons d'exposer sommairement. Voici, parmi les plus récents, les arrêts que nous avons recueillis : Paris, 6 juin 1882, Sir. 85, 2, 113 ; Pau, 23 juin 1884, D. P. 85, 2, 256 ; Alger, 7 déc. 1885, Gazette du palais, 86, 1^{er}, supp. 140.

(1) Voy. cep. Art. 8 L. 23. Mars 1855.

avant les créanciers inscrits du chef du mari ou du chef de l'acquéreur et dont les créances ont un rang inférieur à la sienne.

5. — On conçoit facilement qu'entourée de telles prérogatives, l'hypothèque légale de la femme soit une menace perpétuelle à l'égard de ceux qui acquièrent des immeubles appartenant ou ayant appartenu à des individus mariés, et leur apparaisse, non sans motif, comme une cause possible d'éviction.

Le mari vend un de ses immeubles ; comment offrir à l'acheteur toute sécurité et débarrasser l'immeuble de ce droit ?

Si l'hypothèque légale de la femme a été inscrite, l'acquéreur agira à l'égard de la femme, comme il le ferait à l'encontre de tout créancier hypothécaire qui aurait utilement conservé son droit. Il devra donc recourir aux formalités de la purge des hypothèques inscrites, telles qu'elles ont été tracées par les articles 2183 et suivants du Code civil.

Dans l'hypothèse, beaucoup plus fréquente, où l'hypothèque légale n'a pas été inscrite, la loi, dans les art. 2193 et 2194 Civ., a organisé un mode spécial de purge : c'est la purge des hypothèques légales dispensées d'inscription et non inscrites, ou la PURGE LÉGALE.

Toutes les aliénations d'immeubles du mari y sont assujetties. C'est par exception que le législateur dispense certaines acquisitions de ces formalités nécessaires pour dégrever les immeubles de l'hypothèque légale qui les frappe. Par exemple, dans le cas d'expropriation pour cause d'u-

tilité publique (Art. 17 et 19, L. 3 mai 1841); de même à la suite de jugements d'adjudication sur saisie immobilière (Art. 717. al. 7. Proc. civ.), et pour les adjudications prononcées après une surenchère : *surenchère sur surenchère ne vaut*.

6. — Mais la purge légale est une procédure compliquée, fort coûteuse et fort longue. C'est un fait d'expérience qu'elle dure trois mois, et la statistique démontre que, pour des immeubles de peu de valeur, les frais de purge atteignent le prix d'acquisition et sont, dans tous les cas, relativement fort élevés. En présence de la nécessité où il se trouve de recourir aux formalités si onéreuses de la purge légale, l'acquéreur aura bien soin de faire son prix en conséquences (1).

(1) Dans la pratique notariale, les frais de purge légale sont, à moins de conventions contraires, à la charge de l'acheteur, et c'est sur ce terrain que nous nous plaçons, ne faisant, en cela, qu'imiter l'exemple des auteurs de la loi du 13 février 1889 qui fait l'objet de cette étude. (Voy. Rapport de M. Merlin, au Sénat, *infra* n° 22, *in fine*). — En doctrine, le point de savoir à qui incombent les frais de purge légale, a fait naître des divergences. Contre l'opinion émise dans le rapport précité, voir en particulier Aubry et Rau, op. cit. t. 3, § 293 bis, p. 508, notes 36 et 37; Guillouard, Traité de la Vente et de l'Echange, n° 197, p. 219. Ces jurisconsultes imposent au vendeur les frais de purge légale, sauf dans le cas où cette procédure n'a fait apparaître aucune inscription soit du chef du vendeur, soit du chef des précédents propriétaires. — Cette restriction atténue singulièrement la portée pratique de leur théorie, car, en fait, on peut affirmer que ce sera alors, le plus souvent, l'acquéreur qui supportera les frais de la purge légale, vrai moyen, pour lui, d'avoir une absolue sécurité. D'ailleurs si l'on décide que le vendeur est seul tenu des frais de purge légale, il en tiendra certainement compte dans les offres qu'il fera à l'acheteur, et élèvera ses prétentions en proportion des frais plus ou moins considérables qu'il devra supporter. Au point de vue économique, le résultat n'aura guère changé.

Ce n'est pas tout encore. Il se peut que la femme ou ceux qui sont chargés par la loi de sauvegarder ses droits, mis en demeure par les formalités de la purge de révéler par une inscription l'hypothèque légale qui grève l'immeuble vendu, prennent cette inscription dans le délai de deux mois déterminé par l'art. 2193 Civ., et estiment insuffisant le prix de l'aliénation. En pareil cas, ils formeront une surenchère et l'acquéreur, par suite de l'adjudication sur surenchère, peut se voir dépouillé de l'immeuble qu'il avait acquis, ou se trouver forcé, pour le conserver, d'élever son prix d'acquisition. Autant d'incertitudes et d'entraves susceptibles d'éloigner les tiers désireux d'opérer des acquisitions, avec toute sûreté et sans lenteur.

7. — La pratique ne pouvait s'accommoder d'un tel moyen et jeta ses vues sur la renonciation par la femme à son hypothèque légale. La renonciation absolue était impossible, fût-elle consentie dans le contrat de mariage (art. 2140 Civ). On avait songé alors aux articles 2144 et 2145 Civ., qui permettent de restreindre à certains immeubles l'hypothèque légale; mais les conditions minutieuses exigées ici rendaient inutile ou peu pratique la renonciation qui, pour être efficace, doit s'effectuer promptement. D'ailleurs, de l'avis de tous, les articles 2144 et 2145 s'appliquaient seulement aux renonciations à l'hypothèque légale consenties au profit du mari et non pas aux renonciations consenties au profit des tiers.

8. — Pour éviter la purge, on imagina un expédient plus simple, plus rapide, et moins

dispendieux : on fit intervenir la femme à l'acte de vente et alors, ou la femme cède à celui qui traite avec son mari les sûretés hypothécaires qu'elle tient de la loi ; ou bien elle les abdique en y renonçant en faveur de ce tiers. On a longtemps désigné ces deux sortes de conventions, indifféremment, sous les noms de *subrogation* et de *renonciation*. C'était une incorrection, incorrection d'autant plus regrettable qu'elle a nui beaucoup à la clarté des discussions en cette matière. Il y a là deux opérations juridiques qu'il est nécessaire de soigneusement distinguer, parce que leur nature diffère essentiellement. Dans le premier cas, il y a transmission des droits de la femme, déplacement et transfert ; l'acquéreur est mis aux lieu et place de la femme et peut exercer ses droits ; on dit alors très exactement qu'il y a *subrogation*, ou encore que la renonciation est *transmissive, translatrice ou in favorem, investitive*. Dans la seconde hypothèse, lorsque la femme ne consent qu'une simple abdication de ses droits, que le bénéficiaire n'a pas à faire valoir l'hypothèque légale, et qu'il ne poursuit qu'un but : le dégrèvement de l'immeuble, la renonciation est une *renonciation* proprement dite, dans le sens strict du mot ; c'est la renonciation *abdicative ou extinctive*.

9. — Envisager la renonciation, sous quelque aspect qu'elle se présente, mais *seulement dans le cas où elle se produit en faveur d'un ACQUÉREUR d'un immeuble du mari ou de la communauté* : tel est le sujet de cette étude. Une loi, relativement récente, qui porte la date du 13 FÉVRIER 1889, est venue le rajeunir et a réglé cette hypothèse

bien déterminée d'une façon toute spéciale. C'est donc, par le fait même, le commentaire de cette loi que nous allons entreprendre. Mais, pour en avoir une intelligence complète et en saisir la véritable portée, il est nécessaire auparavant d'en retracer les origines.

CHAPITRE II

Origines de la loi du 13 février 1889

SECTION I

Législation et Jurisprudence antérieures

10. — Inventée de toutes pièces par les praticiens, née du silence du Code civil, la renonciation à l'hypothèque légale, dès son apparition, avait vu contester sa légitimité à raison de ce silence même. Plusieurs le considéraient comme décisif (1). L'hypothèque légale est établie dans l'intérêt sacré de la famille, disait-on ; ce sont des considérations d'ordre public qui ont fait accorder à la femme cette garantie contre son mari : un texte est nécessaire pour l'en dépouiller (Arg. Art. 6 Civ.). Le résultat, auquel aboutit cette renonciation, n'est-il pas étrange et contraire aux vœux du législateur. Pourquoi aurait-il mis tant de sollicitude à entourer des plus fortes garanties la créance de la femme contre son mari, si rien ne lui était plus facile que de les abandonner ? C'était lui retirer d'une main la protection qu'on lui accordait de l'autre : « L'hypothèque légale était détournée de sa desti-

(1) Laferrière. *Revue de Droit français et étranger*, V, p. 690.

» nation primitive ; elle cessait de protéger les
» reprises de la femme et devenait, ce qui est plus
» grave peut-être, un moyen de faciliter des opéra-
» tions qu'elle était destinée à entraver » (1). Autre
inconséquence : comment permettre à la femme
d'abdiquer purement et simplement le bénéfice de
son hypothèque, alors que l'article 2144 Civ. exige
tant de formalités pour la restriction de l'hypo-
thèque pendant le mariage.

On répondit que, si la renonciation pure et
simple au profit du mari était interdite en
dehors des formalités prescrites par la loi, il
n'en était pas de même en ce qui concerne la
renonciation au profit d'un tiers. La femme,
dûment autorisée, est capable de s'engager envers
des tiers, et en s'obligeant elle oblige tous ses
biens ; elle est capable d'aliéner ses biens,
même à titre gratuit. Pour quel motif serait-elle
dans l'impossibilité d'aliéner, au profit d'un tiers,
le bénéfice de son hypothèque légale ? Quoiqu'il
en soit, la doctrine et la jurisprudence avaient
triomphé des objections théoriques soulevées
contre la légalité des renonciations à l'hypo-
thèque légale (2).

11. — Nullement prévues par le Code, les
renonciations à l'hypothèque légale étaient sou-
mises au droit commun, c'est-à-dire au régime
de la pleine liberté : aucune exigence quant

(1) Beudant, Subrogation aux droits d'hyp. et sous-ordres.
Rev. Critique, 1866, p. 31.

(2) Baudry Lacantinerie, op. cit. t. III, n° 1231, p. 723. —
Thézard, op. cit. n° 102, p. 147. — Bertauld, Traité théorique et
pratique de la subrogation à l'hyp. lég. de la femme, 2^e édition.
Introduction, p. II. — Troplong, Des privilèges et hyp., t. 2, n° 602.

à leur forme ; elles pouvaient être expresses ou tacites, faites par acte authentique ou sous seing privé. Aucune condition de publicité : les transferts de propriété immobilière n'étaient pas, à cette époque, assujettis à la formalité de la transcription ; de là, pour les tiers, un résultat déplorable, puisqu'on pouvait leur opposer une subrogation dans l'ignorance de laquelle ils avaient consenti, et, pour la femme, une ressource facile « de subroger vingt créanciers et d'en « tromper dix-neuf ». Quel moyen, en effet, celui auquel la subrogation était offerte, avait-il de découvrir l'existence de subrogations antérieures consenties par la femme et qui épuisaient et au-delà son droit hypothécaire.

Les effets de la renonciation s'appréciaient d'après la commune intention des parties. En ce qui touche particulièrement la renonciation au profit du tiers acquéreur, le simple concours de la femme à la vente d'un immeuble grevé de son hypothèque légale en entraînait l'extinction. La femme, si le prix restait dû, conservait son droit de préférence à l'encontre des autres créanciers. Enfin, si l'acquéreur payait son prix, malgré l'existence d'autres créanciers hypothécaires, la renonciation de la femme emportait subrogation au profit de cet acquéreur, subrogation pouvant être opposée, en cas de besoin, aux créanciers inférieurs en rang (1).

12. — Lors de la fameuse enquête ouverte en 1841 sur les réformes à opérer dans notre régime

(1) Sur tous ces points, voy. Sirey, Table Gén. 1791-1850, v^o Hyp. lég., n^{os} 196 et suiv. — n^o 202 et suiv.

hypothécaire, les jurisconsultes fixèrent l'attention du législateur sur les inconvénients et les illusions fâcheuses et inévitables qu'engendrait, au détriment des tiers, le défaut de publicité de toutes les conventions, subrogations, cessions ou renonciations, par lesquelles les femmes disposaient de leur hypothèque légale. Dans le but de déjouer les fraudes devenues fréquentes, on fut d'accord pour demander que la subrogation fût subordonnée à une double formalité : celle de l'acte authentique, et celle de l'inscription (1). On sait par suite de quels événements échouèrent, en 1851, les tentatives de réforme hypothécaire si impatiemment attendue et si sérieusement élaborée. Mais la loi du 23 mars 1855 sur la transcription, seul résultat de tous ces efforts, ne voulut pas laisser persister une situation dont les dangers pour le crédit public étaient manifestes. Elle le fit, en son ARTICLE 9, dans les termes suivants :

« Dans le cas où les femmes peuvent céder leur
» hypothèque légale ou y renoncer, cette cession
» ou cette renonciation peut être faite par acte
» authentique, et les cessionnaires n'en sont saisis
» à l'égard des tiers que par l'inscription de cette
» hypothèque prise à leur profit ou par la mention
» de la subrogation en marge de l'inscription
» préexistante.

» Les dates des inscriptions ou mentions déter-
» minent l'ordre dans lequel ceux qui ont obtenu

(1) Voy. Bertauld, op. cit. n° 90, et la note. Troplong, op. cit., t. II, n° 409 — Pont. Des privilèges et hypothèques, 3^e édition, t. 1^{er}, n° 486, p. 531 et n° 466, où est reproduit l'avis de la Faculté de Strasbourg.

» des cessions ou renonciations exercent les droits
» hypothécaires de la femme. »

13. — L'article 9 qui consacrait ainsi, d'une manière définitive (1), la validité des subrogations ou renonciations à l'hypothèque légale, ne s'occupait que d'une question de forme et de publicité. Sur les points qui n'avaient pas fait l'objet de l'article 9 de la loi de 1855, la jurisprudence maintint les règles qu'elle avait fixées avant cette loi. Elle admit, comme auparavant, sans difficulté d'ailleurs, que les renonciations au profit des tiers acquéreurs pouvaient être tacites. Elle conserva également la règle de la survie du droit de préférence au droit de suite, si la femme, le prix n'étant pas payé, voulait faire valoir son hypothèque à l'encontre des autres créanciers du mari. Toutefois la jurisprudence était incertaine sur le point de savoir, si ce droit de préférence était opposable à l'acquéreur lui-même, de telle sorte qu'il ne pouvait payer au mari qu'avec le concours de la femme sans s'exposer à payer deux fois ou, au contraire, si la femme ne pouvait s'en prévaloir et dans ce cas le paiement fait au mari seul aurait été libératoire.

14. — Mais, dès sa promulgation, l'article 9 de la loi de 1855 avait fait naître des difficultés plus sérieuses et suscité de plus vives controverses. Cet article 9 s'appliquait-il sans distinction à toutes les conventions par lesquelles la femme traite de son hypothèque légale ? Englobait-il

(1) Déjà les articles 8 et 10 du décret du 28 février 1852 portant Organisation des Sociétés de Crédit Foncier avaient reconnu implicitement la validité de ces conventions.

dans sa disposition les cessions ou renonciations, soit en faveur d'un créancier de la femme ou du mari, soit en faveur de l'acquéreur d'un immeuble propre du mari ou de la communauté ? En d'autres termes, avait-il une portée générale ? La réponse n'était pas douteuse si la renonciation au profit du tiers acquéreur était *translative* des droits hypothécaires de la femme, si elle renfermait une véritable subrogation : l'article 9 s'appliquait incontestablement ; l'accord était complet à cet égard. Mais, dans le silence des parties, lorsque la renonciation est purement *extinctive*, c'est-à-dire lorsque l'acquéreur n'a pas à faire valoir l'hypothèque légale, l'article 9 pouvait-il encore être invoqué : tel était le point litigieux. Importante et délicate au point de vue théorique, on verra bientôt que cette question ne l'était pas moins si l'on se plaçait sur le terrain des intérêts privés.

15. — Fallait-il assujettir la renonciation consentie au profit d'un tiers acquéreur à l'authenticité prescrite par l'article 9 ? C'était là un premier aspect de la question, qui partageait la doctrine et la jurisprudence et sur lequel nous reviendrons avec plus de détails (1).

16. — Où le débat se passionna davantage, en raison surtout des intérêts pratiques considérables engagés, c'est au sujet de la publicité. Les mesures édictées par la loi de 1855 (Art. 9) s'étendaient-elles à la renonciation consentie en faveur du tiers acquéreur, dans l'hypothèse où cette renonciation est purement extinctive ? Ce

(1) Voy. *infra*, nos 68 et suiv.

tiers acquéreur était-il tenu de faire connaître la renonciation soit par une inscription de l'hypothèque légale soit par une mention en marge de l'inscription préexistante? — Le texte de l'article 9 *a priori* ne semblait pas donner la solution à la question posée et les travaux préparatoires, très laconiques et très incomplets sur cet article, n'étaient pas beaucoup plus décisifs. Ajoutez à cela que les systèmes nombreux sur la nature même de la subrogation, l'emploi simultané des mêmes expressions pour désigner des opérations juridiques différentes n'avaient pas peu contribué à jeter de l'obscurité dans une matière qui réclamait impérieusement de la clarté.

Deux courants d'opinion divisèrent d'une façon très nette non seulement les auteurs, mais encore la jurisprudence. « Mettre un terme à cette divergence qui s'est manifestée dans la doctrine et » dans la jurisprudence au sujet de l'article 9 » de la loi de 1855 » : tel a été le but et la pensée première des auteurs de la loi du 13 février 1889. Aussi convient-il de nous y arrêter un instant.

17. — Une première théorie, dite de l'*extension*, soutenue notamment par Bertauld et à laquelle Aubry et Rau apportèrent l'appui de leur autorité, s'inspirant de la généralité des termes de l'article 9, se prononça pour la nécessité de l'inscription ou de la mention en marge de l'inscription. Cet article embrasse toutes les cessions ou renonciations à l'hypothèque légale : pourquoi donc créer des distinctions là où la loi n'en a pas admises? Décider le contraire, c'est en outre se mettre en opposition

avec le but et l'esprit de la loi qui a voulu écarter les dangers et les inconvénients résultant pour les tiers de la non-publicité des renonciations extinctives de l'hypothèque légale aussi bien que de celles au profit de certains créanciers. Sans doute quand la renonciation est contenue dans l'acte de vente, la transcription apprendra aux tiers la renonciation intervenue. Mais ce résultat ne sera pas atteint, s'il arrive que la femme renonce par un acte séparé. N'est-ce pas, ensuite, assigner à la transcription un rôle qui ne lui appartient pas : le registre des transcriptions a été établi surtout pour porter à la connaissance des tiers les mutations survenues dans la propriété immobilière. Les aliénations faites par le mari laissent subsister les droits hypothécaires de la femme et le créancier subrogé à l'hypothèque légale n'a point en principe à avoir recours au registre des transcriptions (1).

18. — L'opinion contraire, ayant à sa tête Paul Pont et Mourlon, invoquait, elle aussi, le texte de la loi et la pensée du législateur : elle seule était exacte. Le texte même de l'article 9 et les travaux préparatoires montrent véritablement et avec évidence, selon nous, que jamais le législateur de 1855 n'a songé à la renonciation purement extinctive au profit du tiers acquéreur. Le mot « renonciation » qui s'y trouve ne s'applique qu'aux renonciations qui constituent une

(1) En ce sens Bertauld, op. cit n° 99. Aubry et Rau. Cours de Droit Civil français, t. 3, § 285 bis, p. 466, texte et note 18, et *les autorités qui y sont citées*. Adde Le Baron, Etude sur l'hyp. légale de la femme mariée, n° 627. — Baudry Lacantinerie, op. cit., 1^{re} édition, n° 1217, p. 709. — Journal des Conservateurs des Hypothèques. Année 1890. Art. 4115, p. 427.

subrogation. Que l'on relise l'article 9! De quoi y est-il question? Exclusivement de « l'ordre » dans lequel les subrogés exercent les droits hypothécaires de la femme. En quoi cela peut-il intéresser le bénéficiaire d'une renonciation extinctive, qui n'a à faire valoir aucun droit? Comment un tiers acquéreur, lui qui, dans cette hypothèse, n'acquiert pas les droits hypothécaires de la femme, peut-il en être « saisi » ou les « exercer » comme le dit expressément l'article 9? Comment peut-il être regardé comme un « cessionnaire » lui à qui on n'a rien cédé? Poursuivons davantage l'analyse du texte. On l'a fait remarquer très finement : « La loi ne prévoit que » deux modes de publicité qu'elle organise : si » l'inscription de l'hypothèque légale est déjà » prise, une mention au profit du cessionnaire ; » — si l'hypothèque n'a pas encore été inscrite, » une inscription au profit du cessionnaire. Donc » la loi ne s'est pas préoccupée de la situation » d'un acquéreur qui obtient une renonciation » pour être dispensé de la purge légale. Cet » acquéreur devrait requérir : 1^o une inscription » de l'hypothèque ; 2^o une mention de *radiation*. » Ce mode de procéder est *en dehors des prévisions textuelles du législateur* (1). » Quant aux travaux préparatoires, le seul endroit qui fasse allusion à l'article 9, loin de condamner cette interprétation, la fortifie puissamment : « Le cessionnaire du droit de la femme, dit l'exposé des » motifs de la loi du 23 mars 1855, n'est protégé

(1) Labbé, Revue critique de Législation et de Jurisprud., 1881, p. 340.

» quant à lui, par aucune des considérations qui
» peuvent empêcher la femme de prendre ins-
» cription contre son mari; il ne doit pas jouir
» de la même exception, et l'intérêt des tiers
» se présente alors entier pour réclamer une
» publicité d'hypothèque, si nécessaire à la sé-
» curité des transactions. L'acte de subrogation
» doit être authentique, puisqu'il doit servir de
» première base à une inscription qui ne peut se
» fonder que sur un acte solennel. On sait à
» quelles contestations a donné lieu l'*exercice*
» des droits hypothécaires de la femme par
» les *créanciers* subrogés et quelles difficultés
» il a soulevées. Il y est mis fin en donnant à
» la date des inscriptions ou mentions l'effet de
» régler l'*ordre* dans lequel seront admis les
» *cessionnaires*. » Il n'y a rien de plus au sujet
de l'article 9; le rapport de M. de Belleyime ne
fournit pas d'explication nouvelle et l'article 9
fut voté sans discussion (1).

Les partisans de ce système ajoutaient, avec
raison, qu'il eût été étrange de prescrire à l'ac-
quéreur de faire apparaître par une inscription
une hypothèque qui n'existe plus, d'inscrire le
« *néant* ». En fait, d'ailleurs, est-ce que les tiers
ne seront pas suffisamment avertis par le registre
des transcriptions qui renferme la copie littérale
de l'acte de vente; ils savent ainsi que la femme
ne peut leur céder désormais des droits qu'elle
n'a plus et cette publicité générale ne doit-elle
pas leur offrir toute sécurité. On faisait en outre

(1) Voy. cet exposé et ce rapport dans Troplong, De la Trans-
cription. Appendice, p. XVI.

valoir les conséquences très graves et très gênantes en pratique, les frais occasionnés et les impossibilités matérielles qui découlaient de la solution adverse et certes on avait beau jeu sur ce point (1).

19. — Même parmi les défenseurs de la théorie de la *non-extension*, la controverse régnait sur la question, beaucoup moins importante, il est vrai, de savoir si la transcription était nécessaire pour que la renonciation extinctive produisît ses effets à l'égard des tiers. Les uns l'exigeaient (2), les autres ne se prononçaient pas ; les derniers, plus logiques, s'en tenaient au régime antérieur à la loi de 1855 et ne soumettaient la renonciation à la publicité ni de l'inscription ni de la transcription (3).

20. — Quelle était l'attitude de la jurisprudence dans ce débat ? — Quoiqu'on en ait dit, à l'égard des renonciations purement extinctives, la Cour de Cassation n'avait pas tranché la question et laissait la solution incertaine. L'arrêt de la Chambre des requêtes du 29 Août 1866 (4),

(1) En ce sens, Pont, Priv. et hyp., 3^e édit., n° 486, p. 529 et Revue du Notariat, t. 8, p. 161. Art. n° 1703. Mourlon. Traité de la Transcription, t. II, n°s 970 et 1105. — Amiaud. Rev. pratique, t. 24 p. 481 et t. 27 p., 81. — Boulanger, Radiations hypothécaires, 1^{re} édit., n° 112 et suiv. — Labbé. Rev. critique, loc. cit. — Larombière. Sur l'Art. 1250. Nouv. édit., n° 61 et suiv. — Bufnoir, Cour Cass. 22 nov. 1880 (Sir. 81. 1. 473) — Mèrignhac. Traité des contrats relatifs à l'hypothèque légale de la femme mariée. Paris, 1882, n°s 115 et suiv. Voy. dans cet auteur (p. 264) la liste très longue et très complète de tous les auteurs qui ont écrit sur la question. — Albert Tissier. Revue critique 1889, n° 5, p. 634.

(2) Thézard. Nantiss., priv. et hyp., n° 114, p. 160 et 161.

(3) Mourlon, op. cit. t. II, n° 1106. — Mèrignhac, op. cit. n°s 163 et suiv.

(4) Cass. Req. 29 Août 1886, Sir. 67. 1. 9.

que les partisans du système de l'extension ont revendiqué, à tort, à leur profit, est un arrêt d'espèce et ne proclame la nécessité de l'inscription que pour une renonciation *translative* : or, sur ce point, il n'y avait pas de désaccord. L'arrêt constate que l'acquéreur se présentait « lui-même » comme subrogé à l'hypothèque légale de la femme, en vertu d'une renonciation consentie en sa faveur dans l'acte de vente, et demandait à *exercer*, au moyen d'une collocation, même en sous-ordre, le droit *hypothécaire* de la femme colloquée en premier ordre » (1). C'était encore au sujet d'une renonciation translative que, le 22 Novembre 1880, la Cour de cassation exigeait l'authenticité de l'acte contenant la renonciation (2).

Quant aux cours souveraines et aux tribunaux inférieurs, le tableau des décisions intervenues montrera qu'en définitive la majorité s'était prononcée en faveur de l'opinion qui repoussait l'application de l'article 9 (3).

21. — Devant les hésitations de la jurispru-

(1) Arrêt précité.

(2) Cass. 22 Nov. 1880. Sir. 81. 1. 473. .

(3) En ce sens : Dijon, 6 fév. 1839 (Sir. 89. 2.79) et 4 août 1880 (Sir. 80. 2. 323). Trib. du Mans, 28 janv. 1880 (Dall. P. 80. 2. 134); Trib. La Flèche, 26 août 1878 (Sir. 80. 2. 148); Beaune, 28 août 1879 (Sir. 80. 2.148); Autun, 16 fév. 1874 (Rev. not. art. 4578 et Journal du Palais 1880, p. 697.— Depuis la loi du 13 février 1889, la Cour de Cassation a tranché la question dans le sens de la non-application de l'article 9, consacré par la loi du 13 février : Cass. Ch. Civ. 5 mai 1890 (Sir. 91. 1.932).

Contrà : Lyon, 22 déc. 1863 (D. P. 64. 2.193) : cet arrêt, dont les motifs sont généraux, s'appliquait en fait à une renonciation translative. — Trib. de Charolles, 6 sept. 1879 (Sir. 80. 2.148) : décision infirmée par l'arrêt de Dijon du 4 août 1880, précité. — Douai, 22 décembre 1887 (Sir. 89. 2.79) : arrêt cassé par celui de la Cour de Cassation du 5 mai 1890, précité.

dence, dont chacun interprétait les décisions au mieux de ses préférences, en présence des divergences profondes entre des jurisconsultes d'un talent reconnu, il était très embarrassant pour les praticiens de choisir une règle de conduite sûre et certaine ; embarras d'autant plus vif, qu'en fait, la théorie de l'extension qui avait trouvé un écho auprès de certains tribunaux, aboutissait à des résultats désastreux et inadmissibles. Voulant économiser les frais de purge, l'acquéreur se bornait-il à transcrire simplement l'acte de vente renfermant la renonciation : que de dangers ! En effet, d'après cette théorie, la transcription ne le protégeait pas contre les tiers acquéreurs auxquels la femme avait cédé ultérieurement son hypothèque légale et qui avaient fait inscrire la subrogation. Car, vis-à-vis des tiers, la renonciation non inscrite était nulle et non avenue. Alors, de deux choses l'une : ou l'acquéreur avait déjà payé le prix de l'immeuble : dans cette hypothèse les subrogés, investis à la fois du droit de suite et du droit de préférence, pouvaient le contraindre à payer une deuxième fois ou à délaisser. Ou bien l'acquéreur n'avait pas encore payé : il lui restait alors la ressource d'offrir le prix aux cessionnaires de l'hypothèque légale. Mais ceux-ci pouvaient, si ce prix, convenu en dehors d'eux, ne leur semblait pas suffisamment élevé, répudier ces offres et exercer la faculté de surenchère. Payer deux fois ou être évincé : tel était le double danger qui menaçait, pendant toute la durée du

mariage, l'acquéreur qui s'était contenté d'une transcription.

Et, pourtant, les acquéreurs préféraient continuer ces errements. La solution contraire les aurait entraînés à des frais considérables : frais d'inscription de l'hypothèque, et de renouvellement décennal ou frais exorbitants de la purge (1). Si l'acquéreur prenait inscription, afin de se prémunir contre la mauvaise foi de la femme et les cessions postérieures qu'elle aurait pu faire, cette inscription, sous peine de péremption, devait être renouvelée tous les dix ans. A défaut de l'accomplissement de cette formalité, c'était encore l'éviction qui menaçait l'acquéreur négligent ; la renonciation était, au regard des tiers, considérée comme inexistante, et un cessionnaire de l'hypothèque légale qui avait pris inscription, pouvait utilement l'invoquer contre lui. — Autre conséquence non moins regrettable : cette nécessité d'une inscription qui grevait ostensiblement d'une hypothèque l'immeuble acheté en entravait la libre disposition et nuisait au crédit du propriétaire.

Pour obvier à ces inconvénients et écarter toute incertitude et tout péril, l'acquéreur, en réalité, n'avait qu'un moyen : faire transcrire son contrat et procéder aux formalités de la purge. C'était là, il faut l'avouer, un résultat singulier et bien inattendu de la théorie de l'extension ; qu'avaient voulu les parties, en provoquant la renonciation de la femme à son hypothèque légale, quel était leur but ? si ce n'est précisément d'éviter les frais et les lenteurs de la purge légale. L'exposé

(1) V. *supra*, n° 6, et la note.

des motifs de la loi du 13 février 1889 et les rapports présentés à la Chambre des Députés par M. Bernier et au Sénat par M. Merlin mettent en pleine lumière les inconvénients qui provenaient des diverses interprétations de la loi de 1855. La nécessité de la purge était surtout désastreuse pour les ventes des propriétés de peu d'importance : « Les frais qu'occasionne la purge, dit » l'exposé des motifs de la loi nouvelle, la rendent » inapplicable dans tous les cas où il s'agit d'im- » meubles d'une valeur minime : il n'y a pas moins » de 800.000 ventes (1) annuelles dont le prix » n'excède pas 200 francs, qui souvent seraient dou- » blés par les frais de purge. » Et voici en quels termes ce même exposé des motifs appréciait la portée pratique de la théorie de l'extension ; cette théorie « décrète en quelque sorte l'hypothèque générale et » indéfinie de la petite propriété ; c'est le trouble jeté » dans les mutations immobilières ; c'est l'exploita- » tion de l'acquéreur par les vendeurs de mauvaise » foi ; c'est la purge légale rendue inévitable pour » les ventes les plus minimes, l'ordre et la consi- » gnation en permanence ; l'acquéreur ne peut » payer à l'amiable un vendeur qui ne peut dégrever » l'immeuble » (2).

22. — Porter remède à cet état de choses fut le but du législateur de 1889 : « Les interpré- » tations diverses données à l'article 9 de la loi » du 23 mars 1855 ont créé à la pratique, dans

(1) C'était déjà le chiffre donné par M. de Casabianca dans son rapport du 5 mai 1855 (Voy. Mérignac, op. cit, p. 260). — Il semble étonnant que ce chiffre n'ait pas varié.

(2) Officiel. Mai 1886. Annexes, Ch. des Députés, n° 106.

» une matière aussi usuelle que celle des subro-
» gations et renonciations par les femmes à leur
» hypothèque légale une situation pleine d'em-
» barras et de périls, qu'il faut absolument faire
» cesser. En édictant que la renonciation par la
» femme à son hypothèque légale au profit de
» l'acquéreur d'immeubles ou du mari ou de
» communauté, en emporte extinction et vaut
» purge, le projet écarte les inconvénients qui
» résultent de l'accomplissement des formalités
» d'une purge légale et fait disparaître le danger
» que présente une simple transcription, si l'ac-
» quéreur croit devoir faire l'économie des frais
» de purge » (1).

SECTION II

Travaux préparatoires. — Texte de la loi du 13
février 1889. — Physionomie générale. — Plan.

23. — La loi du 13 février 1889 est due à l'initiative et aux réclamations incessantes du Notariat. On conçoit aisément que les notaires étaient directement intéressés dans la question. En 1862, ils présentèrent au Sénat une pétition tendant à faire fixer par une loi interprétative le sens de l'article 9. Le rapporteur de la commission chargée de l'examen de cette pétition conclut au rejet de la demande : pour la commission, la loi de 1855 ne s'appliquait pas aux

(1) Rapport de M. Merlin. Officiel, avril 1888. Annexes du Sénat, n° 37.

renonciations extinctives et « la saine interprétation de l'article 9 devait remédier aux inconvénients signalés ». Le Sénat adopta ces conclusions d'autant plus précieuses que le rapporteur, M. de Casabianca, avait pris une part très active à l'élaboration de la loi de 1855. Une autre pétition suivit, qui n'eut pas plus de succès (1^{er} mai 1855. Rapporteur : M. Bonjean). Survint l'arrêt de la Cour de cassation du 26 août 1866, dont la fausse interprétation suscita dans le monde des affaires de vives appréhensions, et la campagne, menée par le notariat, recommença (1). Enfin, en 1881, les notaires adressèrent une nouvelle pétition à la Chambre des députés, pétition au bas de laquelle on remarquait, parmi les signataires, les noms de 356 présidents de Chambres de notaires. Ils demandaient qu'on ajoutât à l'article 9 de la loi du 23 mars 1855 un paragraphe ainsi conçu : « Le concours de la » femme à l'aliénation, consentie par le mari, d'un » immeuble propre ou conquêt de communauté » emporte extinction de l'hypothèque légale de la » femme sur l'immeuble aliéné, *erga omnes*, à » partir du jour de la transcription de l'aliénation. » — La renonciation par la femme à son hypothèque légale en faveur de l'acquéreur, si elle » a lieu par acte séparé, n'est opposable aux tiers » acquéreurs qu'à partir du jour où la mention de » cette renonciation a été opérée au bureau des » hypothèques en marge de la transcription qui » constate l'aliénation. »

(1) Voy. Mérignhac, op. cit. p. 289 et suiv. Pont, op. cit. t. I, p. 533, note 1.

Cette pétition fut accueillie par la Chambre et le Gouvernement déposa, le 7 décembre 1881, un projet entièrement conforme aux vœux du notariat et dont la rédaction seule différait de celle qui avait été proposée. (1).

24. — Mais avant d'arriver à sa forme dernière, ce projet devait traverser bien des phases et subir de nombreuses retouches. La commission de la Chambre des Députés adopta le projet, en ajoutant toutefois la nécessité d'un acte authentique lorsque la renonciation de la femme est contenue dans un acte distinct du contrat de vente (2). Ce projet ne put venir en discussion avant la clôture de la session.

A l'ouverture de la nouvelle législature 1885-1889, le Gouvernement soumit de nouveau le projet à la Chambre des Députés. Des remaniements y furent encore apportés. On exigea dans tous les cas l'authenticité et on voulut viser d'une façon spéciale les renonciations tacites résultant du concours de la femme à l'acte. Le notaire devait donner lecture de la loi et faire mention de la lecture dans l'acte sous peine d'amende. Les 19 avril et 27 mai la Chambre des Députés vota le projet de loi sans discussion.

Au Sénat, le projet fut profondément modifié et reçut des développements qui n'étaient pas entrés dans la pensée de ses promoteurs. La Commission du Sénat fut d'avis de supprimer la nécessité de la forme authentique; elle voulut

(1) Journ. Off. 1881. Annexes. Ch. des Dép. n° 138.

(2) Journ. Off. 1886. Annexes. Ch. des Dép. n° 106.

spécifier le concours de la femme à l'acte et les conditions qu'il doit remplir. Enfin une disposition nouvelle affirmait la survie du droit de préférence au droit de suite (1).

La discussion prit au Sénat une certaine ampleur (Séances des 6 et 7 février 1888); des amendements surgirent qui nécessitèrent l'ajournement de la discussion et un rapport supplémentaire (2). On revint à la règle de l'authenticité et on réglementa soigneusement les effets de la survie du droit de préférence au droit de suite.

De même que la première fois, ce fut encore sans aucune observation que la Chambre des Députés (Séances des 26 janvier et 5 février 1889) adopta le projet de loi voté par le Sénat.

25. — La loi fut promulguée le 13 février 1889 (3) (*Journ. offic.* du 15), sous le titre : « Loi portant modification de l'article 9 de la loi du » 23 mars 1855 (Hypothèque légale de la femme). » — En voici la teneur :

» ARTICLE UNIQUE. — Il sera ajouté à l'article 9 de la loi du 23 mars 1855 une disposition ainsi conçue :

» La renonciation par la femme à son hypothèque légale au profit de l'acquéreur d'immeubles grevés de cette hypothèque en emporte extinction

(1) Rapport de M. Merlin. Annexes du Sénat, 1888, n° 37.

(2) Annexes du Sénat, 1888, n° 344.

(3) C'est par erreur que certains auteurs donnent à cette loi la date du 15 février, ce sont les *décrets* de promulgation, et non leur publication au *Journal officiel*, qui imposent aux lois leur propre date (Décret du 6 avril 1876). Voy. Ducrocq, *Revue générale du Droit*, 1877, p. 1 et suiv.

et vaut purge à partir, soit de la transcription de l'acte d'aliénation si la renonciation y est contenue, soit de la mention faite en marge de la transcription de l'acte d'aliénation si la renonciation a été consentie par acte authentique distinct.

» Dans tous les cas, cette renonciation n'est valable et ne produit les effets ci-dessus que si elle est contenue dans un acte authentique.

» En l'absence de stipulation expresse, la renonciation par la femme à son hypothèque légale ne pourra résulter de son concours à l'acte d'aliénation que si elle stipule, soit comme covenanderesse, soit comme garante ou caution du mari.

» Toutefois, la femme conserve son droit de préférence sur le prix, mais sans pouvoir répéter contre l'acquéreur le prix ou la partie du prix par lui payé de son consentement et sans préjudice du droit des autres créanciers hypothécaires.

» Le concours ou le consentement donné par la femme, soit à un acte d'aliénation contenant quittance totale ou partielle du prix, soit à l'acte ultérieur de quittance totale ou partielle, emporte même, à due concurrence, subrogation à l'hypothèque légale sur l'immeuble vendu, au profit de l'acquéreur, vis-à-vis des créanciers hypothécaires postérieurs en rang ; mais cette subrogation ne pourra préjudicier aux tiers qui deviendraient cessionnaires de l'hypothèque légale de la femme sur d'autres immeubles du mari, à moins que l'acquéreur ne se soit conformé

aux prescriptions du paragraphe premier du présent article.

» Les dispositions qui précèdent sont applicables à la Guadeloupe, à la Martinique et à la Réunion. »

26. — Dans la loi que nous venons de reproduire, le législateur commence par décrire l'effet principal et direct de la renonciation à l'hypothèque légale au profit du tiers acquéreur ; c'est l'objet de la loi, sa raison d'être, l'idée qui la domine : la renonciation emporte extinction et vaut purge. Deux points particuliers concernant les conditions de forme de la renonciation attirent alors son attention : la renonciation doit-elle être authentique ? Peut-elle être tacite ou expresse ? De quels faits résultera la renonciation tacite ? La loi décide que la renonciation est soumise à l'authenticité et qu'en cas de renonciation tacite, le concours de la femme ne vaudra que sous certaines restrictions.

Ces questions résolues, le législateur revient aux effets de la renonciation. Il en examine la portée : elle n'éteint que le droit de suite. Le droit de préférence survit. Il faut alors réglementer le maintien de ce droit de préférence. Quel sera, à cet égard, l'effet du paiement du prix opéré par l'acheteur entre les mains du mari, du consentement de la femme ? La loi y voit une renonciation au droit de préférence. Puis elle étudie les cas dans lesquels la renonciation sera translatrice et équivaldra à une véritable subrogation, et dans quelle mesure et sous quelles conditions vis-à-vis des tiers.

Telle est, dans une vue d'ensemble et en quelques mots, la loi du 13 février 1889.

27. — Nous ne suivrons pas le plan adopté par le législateur. Nous diviserons nos explications en deux parties : l'une consacrée aux conditions de validité et d'efficacité de la renonciation ; l'autre, à ses effets.

Dans la première partie nous traiterons, en trois chapitres distincts : 1° des formes de la renonciation envisagée en elle-même ; 2° de l'authenticité de l'acte de renonciation ; 3° de la publicité.

Deux chapitres formeront la seconde partie : le premier sera consacré à l'extinction du droit de suite ; le second à la survie du droit de préférence.

PREMIÈRE PARTIE

Conditions de Validité et d'Efficacité de la Renonciation

28. — Désormais, depuis la loi du 13 février 1889, pour qu'une renonciation à l'hypothèque légale en faveur d'un tiers acquéreur d'un immeuble propre au mari ou d'un immeuble de communauté, soit valable, elle doit réunir trois conditions :

1° Se manifester suivant certaines formes, c'est-à-dire être *expresse* ou, si elle est *tacite*, résulter de certains faits limitativement déterminés ;

2° Etre contenue dans un acte authentique ;

3° Etre rendue publique.

29. — Il va sans dire que la femme doit, en outre, avoir la *capacité* requise pour renoncer.

Quant à la question de savoir dans quels cas la femme est capable de renoncer, la loi du 13 février 1889, comme son aînée, la loi du 23 mars 1855 (art. 9), ne s'en est pas préoccupée. Il faut donc appliquer les principes généraux.

30. — Ces principes sont les suivants : la dot est-elle aliénable, d'après les conventions matri-

moniales, la femme, dûment autorisée, peut consentir avec pleine efficacité une renonciation à l'hypothèque légale. Libre dans cette hypothèse d'aliéner valablement sa dot et ses autres créances contre son mari, à plus forte raison peut-elle se dépouiller de tout ou partie des garanties qui en assurent la restitution ou le paiement. Au contraire la dot est-elle inaliénable en tout ou en partie, la renonciation que la femme consentirait serait inefficace en tant qu'elle pourrait compromettre en tout ou en partie la restitution de sa dot. La renonciation de la femme soit au droit de suite, soit au droit de préférence attachés à son hypothèque légale étant de nature à entraîner l'anéantissement total ou partiel de sa dot, la femme ne peut faire indirectement ce qui lui est défendu de faire directement (1).

31. — Toute la question se ramène donc à celle de savoir si, d'après le régime matrimonial adopté, la dot de la femme est aliénable et dans quelle mesure. C'est un sujet qui appartient plutôt à la matière du *contrat de mariage* qu'à celle que nous traitons dans cette étude et comme la loi du 13 février 1889 n'a rien modifié à cet égard, nous nous contenterons d'indiquer très brièvement, sans entrer dans aucune controverse et à titre d'exemples, quelques solutions intéressantes.

1° Peut renoncer à son hypothèque légale au profit du tiers acquéreur d'un immeuble du mari ou de communauté, la femme mariée sous les régimes de communauté, ou sans communauté ou de séparation de biens.

(1) Baudry-Lacantinerie, op. cit. t. III, n° 1223.

2° Au contraire, la femme mariée sous le régime de communauté avec la faculté de reprendre son apport franc et quitte de toutes dettes en cas de renonciation, mais avec la déclaration expresse que la reprise de ses apports se fera au préjudice même des créanciers de la communauté, est incapable de renoncer à son hypothèque légale en ce qui concerne son apport (1).

3° Quant à la femme dotale, si la dot est *immobilière*, la femme ne peut disposer de l'hypothèque légale qui en garantit la restitution (art. 1554). En ce qui concerne la dot *mobilière*, une jurisprudence définitivement établie, contre laquelle la lutte n'est plus possible, décide qu'elle est inaliénable et par voie de conséquence que la femme dotale ne peut renoncer à l'hypothèque légale qui assure le recouvrement de ses créances dotales (2). Pour nous qui n'admettons point la théorie de la jurisprudence, sur l'inaliénabilité de la dot mobilière, nous rejetons également la conséquence qu'elle en déduit au point de vue de la renonciation (3).

4° Peu importe que la femme déroge, par une clause expresse du contrat de mariage, à la règle de l'inaliénabilité, établie par le Code pour les immeubles et par la jurisprudence pour la dot mobilière. Cette dérogation n'entraîne pas la faculté de se désister de son hypothèque légale : il est de

(1) Cette stipulation est, en effet, une véritable clause d'inaliénabilité opposable aux tiers, soumettant en réalité l'apport de la femme au régime dotal. Voy. Guillouard, *Traité du contrat de mariage*, t. III, n° 1606, p. 466 et les autorités citées en note.

(2) Voir le tableau de cette jurisprudence dans Guillouard, *Traité du contrat de mariage*, t. IV, n° 2064, p. 359.

(3) Guillouard, *op. cit.* t. IV, n° 2058. — Baudry-Lacantinerie, t. III, n° 417, p. 262.

principe que toute clause d'aliénabilité doit s'interpréter restrictivement (1).

5° Peu importe également que le régime dotal soit mélangé d'une société d'acquêts. Les règles de l'inaliénabilité restent les mêmes et l'adjonction d'une société d'acquêts n'augmente pas la capacité de la femme (2).

6° Ajoutons enfin que la renonciation à l'hypothèque légale consentie par une femme mariée *mineure* serait nulle s'il n'était pas établi qu'elle en eût tiré profit et cela sous quelque régime qu'elle fût mariée (3) (Art. 483-484 Civ.).

(1) Guillouard, op. cit. t. IV, n° 1949 et 2067. — Baudry-Lacantinerie, t. III.

(2) Guillouard, op. cit. t. IV, n° 2203, p. 481. — Baudry-Lacantinerie, t. III, n° 444, p. 278.

(3) Trib. Seine, 24 avril 1883. — Rev. not., n° 6727.

CHAPITRE PREMIER

Des Formes de la Renonciation envisagée en elle-même.

32. — La renonciation de la femme à son hypothèque légale peut être expresse ou tacite : « *En l'absence de stipulation expresse, dit le paragraphe 3 de la loi nouvelle, la renonciation par la femme à son hypothèque légale ne pourra résulter de son concours à l'acte d'aliénation que si elle stipule, soit comme covenderesse, soit comme garante ou caution de son mari* ».

33. — Mais il est un point qu'il est nécessaire, dès maintenant, d'indiquer, car le caractère trop général des termes employés par la loi pourrait induire en erreur et amener des confusions regrettables. Nous le verrons, à propos des *effets* de la renonciation : en principe et à moins d'indications contraires de la volonté des parties, la renonciation à l'hypothèque légale ne s'entend que *du droit de suite* : le droit de préférence sur le prix de l'immeuble vendu reste intact (§§ 1 et 4. L. du 13 février 1889). Aussi toutes les explications qui vont suivre — et cette observation s'étend à toute cette première partie — ne porteront que sur la renonciation *au droit de suite*. Lorsque, plus

tard, nous traiterons de la survie du droit de préférence, nous nous demanderons alors si la renonciation au droit de préférence est soumise aux mêmes conditions de validité que la renonciation au droit de suite, celle que vise seulement la loi du 13 février 1889 en parlant de la « *renon-*
» *ciation* » tout court.

Bien entendu, si la femme renonce du même coup et par le même acte à ses deux droits : droit de suite et droit de préférence, par la force même des choses, la renonciation au droit de préférence participera aux formes dans lesquelles la renonciation au droit de suite doit être constatée, et sera rendue publique de la même façon et en même temps que cette dernière.

SECTION I

Renonciation expresse

34. — La renonciation est *expresse* lorsque soit dans l'acte de renonciation, soit dans un acte ultérieur, elle est formellement consentie par la femme. La femme n'est pas tenue d'employer des termes sacramentels, le mot « *renon-*
» *ciation* » par exemple. Elle le peut remplacer par des équivalents. Il suffit que les expressions dont elle se sert ne laissent planer aucun doute sur son intention de renoncer.

SECTION II

Renonciation tacite

35. — Il y a renonciation *tacite* ou *implicite* lorsqu'elle s'induit nécessairement des circonstances, quand la femme par son intervention, sa conduite, manifeste l'intention de renoncer à son hypothèque légale.

36. — La possibilité de la renonciation tacite a été contestée, comme contraire à l'esprit du Code civil. D'après Duranton, partout on voit le législateur exclure les renonciations tacites, ainsi dans l'article 621 en matière d'usufruit; 784, en cas de renonciation à succession; 1338, où il est formellement dit que la renonciation au droit d'attaquer un acte annulable ou rescindable n'a point d'effet si elle n'est expresse. Quant à la renonciation à l'hypothèque, l'article 2180 laisse la question indécise. Ecarter en matière d'hypothèque ce que la loi a décidé à propos d'usufruit, n'est-ce pas mettre la loi en contradiction avec elle-même? D'ailleurs, une renonciation déduite par voie d'induction d'un fait plus ou moins concluant, n'est souvent qu'une fausse apparence, et l'extinction d'un droit est chose trop grave pour qu'on puisse la fonder sur un peut-être (1).

Il y a longtemps qu'on a répondu à cette argumentation par d'excellentes raisons. Le législateur ne défend dans des cas particuliers que

(1) Duranton, Droit civil, t. XX, n° 301.

ce qui est permis en thèse générale et en se bornant à exclure la renonciation tacite, dans les hypothèses prévues par les textes précités, il en admet la possibilité dans les autres circonstances. L'argument *a contrario* est ici parfaitement légitime, car il ramène à l'application du droit commun qui est la liberté des conventions. Il est de principe, en effet, qu'en matière de conventions, l'accord des parties produit les effets qu'elles ont eu en vue, de quelque manière qu'il se produise, si d'ailleurs la loi n'a point, par quelque disposition spéciale, exigé un consentement exprès. Ce qui démontre bien que telle est la pensée du législateur de 1804, c'est qu'il s'est gardé de reproduire sur ce point l'article 10 de la loi de Messidor an III, qui n'admettait que les renonciations expresses (1).

37. — Lamoignon, il est vrai, avait déjà écrit dans ses *Arrêtés* : « Le créancier retient et conserve son hypothèque sur l'héritage aliéné par son débiteur, encore qu'il ait agréé l'aliénation par quelques actes et signé le contrat avec déclaration que l'héritage était franc et quitte de toutes hypothèques, si ce n'est que par une clause *expresse et spéciale* il ait renoncé à son hypothèque (2). » Mais l'opinion de Lamoignon n'avait pas recruté plus de partisans, avant le Code, que celle de Duranton, et l'une et l'autre sont restées solitaires. Les auteurs, dans notre ancien Droit, admettaient les renonciations tacites, et

(1) En ce sens Bertauld, op. cit n° 64. — Mourlon, op. cit. t. II, n° 980. — Mérignhac, op. cit. 141.

(2) Tit. XXVI, De l'extinction des hyp., t. I, p. 159 (cité d'après Bertauld n° 65).

Pothier ne faisait que les résumer, en disant :
« Le créancier, usant de ses droits, qui consent
» à l'aliénation de la chose hypothéquée, est censé
» remettre tacitement son droit d'hypothèque
» sur cette chose : *creditor qui permittit rem*
» *venire, pignus dimittit*. L. 158. de Reg. juris. —
» La raison de cette présomption est que ce con-
» sentement du créancier à la vente de la chose
» qui lui est hypothéquée ne peut paraître inter-
» venir pour autre fin que pour la décharge de
» son hypothèque, puisque le débiteur n'avait pas
» besoin de ce consentement pour vendre la
» chose (1). » Comme on le constate par cette
citation, notre ancien Droit ne faisait que con-
tinuer les traditions du Droit romain, qui était
formel en ce sens (L. 158. Dig. de Reg. juris, L. 17.
— L. 11. Dig. Quib. mod. pign. solvitur XX. 6).

Le décret du 28 février 1852 sur les Sociétés de
Crédit Foncier, la loi du 23 mars 1855 et celle du
13 février 1889 ne laissent plus à cette question
qu'un intérêt purement théorique.

38. — Mais dans quels cas y avait-il renon-
ciation tacite ? De quelles circonstances pouvait-
elle résulter ? — Sur ce point la loi ne contenait
aucune disposition ; les tribunaux appréciaient
souverainement l'intention des parties et avaient
toute liberté de la rechercher dans les faits de

(1) Pothier . Edit. Bugnet, t. I^{er}, Introduction au titre des Arrêts,
p. 659, n° 63. Voy. aussi Traité de l'hyp., t. IX, p. 477, n° 493
et 494. — Dans le même sens : Domat, Lois civiles, liv. 3, tit. 1,
sect. 7, n° 12 à 15. — Dehéricourt, De la vente des immeubles
par décret, ch. X, sect. 2. n° 43, t. I, p. 181. — Voy. aussi cités
par Bertauld, op. cit. n° 63. Basnage, Traité des Hyp. ; Denisart,
Décisions nouvelles, v° Hyp.

la cause. La jurisprudence et la doctrine étaient d'accord à cet égard : on ne peut exiger des conditions de forme pour la manifestation de la volonté des parties, là où la loi n'en a pas prescrit. « Lorsque la femme concourt à la vente » d'un immeuble grevé de son hypothèque légale, il est difficile en thèse générale de voir » là autre chose qu'une renonciation (1). » La présence de la femme ne peut avoir ni d'autre signification, ni d'autre utilité, à moins qu'elle ne soit déterminée par des motifs étrangers à cette volonté de consentir une renonciation : « Lorsque la présence de la femme au contrat » de vente s'explique par des considérations » particulières, lorsqu'elle a une cause spéciale » que révèle l'intérêt tout personnel qu'a la » femme à concourir au contrat, sa présence et » son concours ne sauraient lui être opposés » par l'acquéreur comme impliquant renonciation au droit hypothécaire (2). » Ainsi on avait jugé que la présence de la future au contrat de mariage, nécessaire pour en opérer la validité, ne saurait être interprétée comme entraînant une renonciation tacite à son hypothèque, en faveur de la donation faite par le futur au profit d'un enfant à naître du mariage (3).

39. — Quant au principe, la Jurisprudence en avait fait de fréquentes applications. Elle avait toujours considéré comme emportant renon-

(1) Pont, op. cit. n° 465.

(2) Pont, op. cit. n° 465, p. 506.

(3) Cass., 30 juin 1856 (D. P. 57, 1, 93.) — Cass., 6 Nov. 1855 (D. P. 1855, 4, 389.

ciation le fait, par la femme, de vendre, conjointement et solidairement avec son mari, soit un immeuble propre du mari, soit un immeuble commun, peu importe que le contrat renfermât une stipulation de garantie, la garantie étant une conséquence nécessaire de la vente (1); de même le fait par une femme de concourir avec son mari à la constitution de dot, faite au profit d'un enfant commun, d'un immeuble appartenant en propre au mari (2). Toujours en vertu des mêmes principes d'interprétation, elle voyait dans l'intervention de la femme à l'acte d'association, une renonciation virtuelle, au profit des actionnaires de la société, à l'hypothèque légale grevant les biens communs ou propres du mari et composant l'apport de celui-ci dans la société (3).

Toutes les circonstances et tous les documents de la cause étaient mis à profit par les juges du fait et la Jurisprudence se montrait même assez large dans ses appréciations. Il suffisait que la femme « se bornât à dire à la fin de l'acte qu'elle » l'approuvait et le signât », qu'elle eût simplement « assisté » à la vente pour entraîner la renonciation (4).

40. — C'est cette jurisprudence que la loi du 13 février 1889 a entendu faire cesser, en lais-

(1) Cass. civ. 9 fév. 1859. Sir. 60. 1. 647; 26 août 1862. Sir. 62. 1. 920; 12 fév. 1868. Sir. 68. 1. 389; Dijon, 17 nov. 1876, Rev. not. n° 5421; 4 août 1880 et 6 fév. 1889, déjà cités; Douai, 15 mars 1888. Rev. not. n° 1810; Metz, 31 déc. 1867. D. P. 1868. 2. 145.

(2) Cass. req. 9 fév. 1859. Sir. 1850. 1. 647.

(3) Nancy. 10 août 1875. Sir. 76, 2. 245.

(4) Lyon, 6 mars 1880, sous Cass. 22 nov. 1880. Sir. 81. 1. 473.

sant le moins de place à l'arbitraire du juge (1) :
« En l'absence de stipulation expresse, la renon-
» ciation par la femme à son hypothèque légale
» ne pourra résulter de son concours à l'acte
» d'aliénation que si elle stipule, soit comme
» covenderesse, soit comme garante ou caution
» de son mari. » (Loi du 13 février 1889, § 3).

Deux règles découlent nettement de ce paragraphe :

1^o — Désormais la femme doit concourir à l'acte d'aliénation ;

2^o — Mais le simple concours ne suffit plus ; il faut que ce concours se produise dans les conditions spécifiées par la loi, c'est-à-dire que la femme participe à l'acte de vente à titre de covenderesse, de garante ou de caution.

41. — PREMIÈRE RÈGLE. — *Concours de la femme à l'acte d'aliénation.*

Faut-il entendre par le mot « *concours* » une présence réelle, effective, matérielle en quelque sorte, à l'acte même d'aliénation ? Un doute pourrait naître dans l'esprit si l'on rapprochait la rédaction du § 3 de celle du § 5 qui, au sujet de la participation de la femme à la quittance du prix de vente, vise expressément le « *concours* » ou le « *consentement* ». Concourir à un acte, c'est jouer un rôle actif ; consentir, c'est y adhérer ; or une adhésion n'exige pas la présence de l'intéressé. Cette distinction, subtile assurément, mais pourtant très vraie, la loi l'a-t-elle voulue ? Le § 3 n'ayant pas fait allusion au *consentement*, doit-on

(1) Rapport de M. Merlin au Sénat.

conclure de cette différence de rédaction, que le simple consentement sera suffisant ? En aucune façon, selon nous. La loi du 13 février 1889 n'a pas fait cette distinction entre le concours et le consentement ; elle les met sur la même ligne. L'interprétation littérale de ces termes doit être écartée ; elle n'aboutirait à rien moins, en effet, qu'à prohiber la renonciation tacite par mandataire. Or, sauf une dérogation formelle, on peut toujours s'obliger par mandataire et la différence signalée n'est pas assez puissante pour apporter une dérogation à ce principe général (1).

42.— Ceci posé, nous en déduirons les conséquences suivantes : si un mari, en vendant un immeuble propre ou de communauté, déclare agir tant en son nom que comme se portant fort de sa femme, et vend en obligeant sa femme et lui solidairement à la garantie de la vente, la ratification ultérieure de la vente, consentie par la femme avec toutes les conditions requises par la loi, emportera renonciation de son hypothèque légale. Mais il faut observer que, si, entre le mari et la femme, la ratification a un effet rétroactif, le mari étant considéré comme ayant agi en vertu d'un mandat, conformément à la règle *Ratihabitio mandato aequiparatur*, il n'en est pas de même vis-à-vis de toutes autres personnes. A leur égard, et notamment à l'égard du tiers acquéreur, la ratification n'aura d'effet que du jour où elle est intervenue et par

(1) Cpr. Escorbiac. Lois Nouvelles, 1889. Commentaire de la loi du 15 fév. 1889, p. 162.

suite la renonciation à l'hypothèque légale ne datera que du jour de la ratification (1).

C'est en vertu de ce même principe que nous ne voyons aucune impossibilité pour la femme de renoncer tacitement à son hypothèque légale, en se portant, en dehors de la vente, et par acte ultérieur garante ou caution de la vente que son mari a consentie : cette simple déclaration de garantie ou de caution emportera renonciation ; il n'est pas besoin d'une renonciation expresse (2).

43.— DEUXIÈME RÈGLE.— *La femme ne doit concourir à l'acte qu'en qualité de covenderesse, garante ou caution.*

I. — Et d'abord dans quel SENS devons-nous interpréter cette disposition de la loi du 13 février 1889 ? Sera-t-il permis d'induire la renonciation à l'hypothèque légale de certaines circonstances autres que celles prévues par la loi ? — Le texte de la loi répond à cette question d'une façon suffisamment catégorique : « En l'absence » de stipulation expresse, la renonciation par » la femme à son hypothèque légale *ne pourra* » résulter de son concours à l'acte d'aliénation » *que si* elle stipule soit comme covenderesse. » ». Cette rédaction si impérative a une signification d'autant plus précieuse qu'elle a été employée à dessein. La Commission de la Chambre des Députés, reprenant le texte proposé par les notaires en 1881, avait inséré dans le projet du gouvernement une disposition

(1) Sur ce point voy. Aubry et Rau, t. 4, § 337, p. 269 et § 343 ter, p. 303.— Demolombe, t. 24, n° 230 et t. 29, n° 785.

(2) Cpr. Escorbiac. op. cit. p. 140.

aux termes de laquelle « en l'absence de stipulation contraire, la renonciation résulte du » concours de la femme à l'acte d'aliénation. » Le rapport fait à la Chambre des Députés expliquait qu'il suffisait d'un simple concours. Il parut à la Commission du Sénat que c'était là une disposition excessive et dangereuse, et elle crut nécessaire, dans l'intérêt de la femme et dans l'intérêt des tiers, de définir en quoi devait consister ce concours de la femme pour entraîner la renonciation. Elle modifia la rédaction admise par la Chambre des Députés de la façon suivante : « En l'absence de stipulation expresse, » la renonciation par la femme à son hypothèque » légale, au profit de l'acquéreur, résulte de son » concours à l'acte d'aliénation soit comme coven- » deresse, soit comme garante solidaire de la » vente. » Au cours de la discussion en séance publique (Sénat, séance du 6 février 1888), M. Lisbonne ne trouva pas cette formule assez précise, et sous forme d'amendement proposa la rédaction devenue le texte définitif de la loi et que nous avons déjà reproduite. « Et voici » quelle a été ma pensée, a dit l'auteur de cet » amendement : j'ai voulu donner *un peu plus* » de relief à la portée limitative du projet de loi ».

44. — D'où les règles suivantes : La femme qui fera toute autre stipulation que celle mentionnée par le § 3 ne pourra plus être considérée comme ayant renoncé à son hypothèque légale ; son assistance à l'acte de vente, son approbation, sa simple signature seront impuissantes à lui enlever ses droits hypothécaires. Dorénavant le juren'auraplus,

dans tous les cas, pleins pouvoirs de décider qu'il y a de la part de la femme une renonciation, quand bien même les faits et les documents de la cause la lui feront apparaître avec évidence. Sa liberté d'examen est circonscrite par la loi à certaines hypothèses en dehors desquelles elle expire. Il ne peut plus y avoir renonciation que dans ces seules hypothèses et si les circonstances ne sont pas celles que la loi a spécifiées, le juge devra déclarer que la renonciation n'existe pas. Rien ne l'empêchera d'ailleurs de reconnaître que, les situations requises par la loi étant établies, il n'en résulte pas nécessairement une renonciation à l'hypothèque légale, car la loi ne dit pas en effet qu'il y aura toujours renonciation dans les cas qu'elle indique (1).

C'était porter une grave atteinte au pouvoir souverain d'appréciation des tribunaux. Le législateur ne se l'est pas dissimulé ; c'est précisément le but qu'il a poursuivi : « La commission » du Sénat a pensé que ce simple concours » offrirait toujours matière à discussion, soulèverait des appréciations qui pourraient être » diverses suivant les cas, suivant les tribunaux » auxquels il serait posé ; qu'il n'offrirait par » conséquent aucune certitude. » (2)

45. — On s'écartait ainsi, tout à la fois, et

(1) En ce sens : Escorbiac, *Lois nouvelles*, 1889. *Commentaire de la loi du 15 février 1889*, p. 141. — Tissier, *Revue critique*, 1889, n° 13, p. 643. — Baudry-Lacantinerie, *op. cit.* t. 3, n° 1238 bis. — Dalmbert, *De la purge des priv. et hyp.* 2^e édition. Paris, 1891. Appendice I. p. 343, n° 4. — Sur le dernier point examiné au texte, voy. Dalmbert, *ibid.*, p. 344.

(2) Discours au Sénat de M. Merlin, rapporteur, séance du 6 fév. 1888, *Sénat, Déb. parlem.*, p. 108. — *Ibid.*, p. 116.

des principes généraux du droit et des principes de la loi du 23 mars 1855 et de son esprit. Lorsqu'une contestation s'élève sur les faits qui engendrent un consentement tacite, c'est aux juges du fait qu'il appartient de statuer, et ils ont dans cet examen un pouvoir d'appréciation qui échappe au contrôle de la cour suprême : telle est la règle générale, applicable à toute convention. En matière de renonciation tacite à l'hypothèque légale en faveur d'un tiers acquéreur, les tribunaux ne sont plus maîtres absolus, et la loi limite d'une façon précise les circonstances particulières qui, seules à l'exclusion de toutes autres, devront être admises comme faisant la preuve de la renonciation. C'était rompre aussi avec les principes suivis par l'article 9 de la loi du 23 mai 1855 qui, conformément au droit commun, avait réservé au juge, sans aucune restriction, le soin de déterminer les cas dans lesquels il y avait renonciation tacite.

46. — Est-ce à dire que pour caractériser la renonciation tacite, il devienne nécessaire de se servir des expressions mêmes employées par le législateur : *covenderesse*, *garante*, *caution*? Non : notre droit moderne ne connaît plus les formules sacramentelles et les exigences de la loi du 13 février 1889 ne vont pas jusques-là. Cependant la prudence le conseille ; car, sans cela et même malgré cela, on pourra toujours plaider sur la question de savoir si la femme était *covenderesse*, *garante* ou *caution*. Quels que soient les termes employés, le juge pourra toujours rechercher l'intention des parties pour déterminer si la femme

a pris telle ou telle qualité. Et s'il est indéniable que la loi ne prescrit pas l'emploi de termes spéciaux, que devient le but tant désiré par le législateur d'éviter les procès? Il est facile de l'apercevoir, le pouvoir d'appréciation des tribunaux, auquel on ne peut impunément soustraire les conventions, car c'est « leur destinée commune », ne sera guère atteint ni diminué en fait; il aura changé d'objet, voilà tout : le juge du fait devra constater que la femme est *covenderesse*, garante ou caution.

47. — Or, dans l'examen des dispositions du contrat auquel le juge se livrera, pour découvrir la pensée des parties et savoir si la femme a pris telle qualité, doit-il prendre comme *criterium*, au pied de la lettre et dans leur sens absolument technique et étroit, les expressions dont se sert le § 3 de *covenderesse*, *garante ou caution*? Nous ne le croyons pas : ce serait encore tomber dans le formalisme et dépasser la pensée du législateur.

48. — Nouveau problème alors : quelle sera la règle qui doit guider le juge, le principe certain qui lui permettra de faire rentrer avec exactitude sous les dénominations de la loi telle ou telle circonstance? Le législateur l'a posé lui-même à mainte reprise et une idée domine toutes ses explications à cet égard : « Si la femme renonce » à son hypothèque légale implicitement, il faut » que cette renonciation résulte d'un *engagement* » pris par la femme vis-à-vis de l'acquéreur » (1).

(1) Discours de M. Merlin au Sénat, séance du 6 fév. 1888. Débats parlementaires, p. 116.

Et ailleurs : « La renonciation implicite de la » femme ne peut être que la conséquence d'une » *obligation expresse contractée par la femme envers l'acquéreur* : elle se sera portée covenderesse de » son mari ou garante solidaire de la vente » (1) ou encore : « ce simple concours ne suffisant pas, » il fallait qu'il se traduisît par une *obligation nette, précise et formelle* : cette obligation, c'est celle de » covenderesse, c'est celle de garante de la » vente » (2). En un mot de ces passages et de l'ensemble des travaux préparatoires semble résulter pour nous le *criterium* suivant qui fixera le point où commence la renonciation tacite : *toute obligation de garantie contractée par la femme envers l'acquéreur, sous une forme quelconque, pourvu qu'elle soit nettement formulée.*

En présence d'un pareil résultat, on sera peut-être tenté de nous demander ce que nous faisons du caractère essentiellement limitatif du § 3 et de nous adresser le reproche de contradiction. Cette critique ne nous effraie pas, car toute la question est de savoir en quoi consiste la limitation. Nous venons d'y répondre : en dehors de toute obligation de garantie nette et précise de la femme, en dehors de tout engagement personnel pris par la femme, aucune renonciation tacite n'est possible. Telle est la restriction qu'a voulu apporter le législateur ; la limitation ne porte pas sur la forme du contrat, sur les termes dont on s'est servi, mais sur le *fond* des choses : c'est en ce sens seulement que la disposition du § 3 est limitative.

(1) Rapport de M. Merlin au Sénat.

(2) Discours de M. Merlin au Sénat, op. et loc. cit. p. 108.

Ces principes une fois dégagés, il nous sera plus facile de passer en revue et d'analyser les circonstances énumérées par la loi et susceptibles d'entraîner la renonciation à l'hypothèque légale.

49. — II. DES FAITS QUI EMPORTENT LA RENONCIATION TACITE. — La loi en énumère trois : La femme doit figurer en qualité de *covenderesse*, de garante ou de caution.

50. — A. **Covenderesse.** — L'induction tirée par la loi n'est que l'application de l'axiôme bien connu. Qui doit garantie ne peut évincer. *Quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio*. La jurisprudence l'avait toujours compris ainsi. L'une des principales obligations du vendeur, en effet, est de garantir son acheteur contre tout trouble et éviction, de lui assurer la possession paisible de la chose vendue (art. 1625 Civ.) Or, la femme ne saurait, sans violer cet engagement, se prévaloir du droit de suite de son hypothèque, dont la mise en mouvement entraînerait une éviction.

51. — Pas de difficultés, quand les époux consentent conjointement à la vente d'un immeuble de communauté, même en dehors de la garantie solidaire et, à plus forte raison, s'ils s'obligent en outre solidairement à cette garantie. Pas besoin de mentionner dans l'acte la renonciation, elle s'opère de plein droit.

52. — En est-il de même lorsque la vente est celle d'un immeuble propre du mari et le mot « *covenderesse* » signifie-t-il venderesse en qualité

de copropriétaire ? « Suffit-il que la femme assume » sur elle, conjointement ou solidairement avec » son mari, les obligations de la vente ? En d'autres » termes, la femme qui intervient dans la vente » d'un immeuble propre au mari et qui s'oblige » solidairement avec lui est-elle covenderesse ? (1). » On pourrait peut-être soutenir la négative en s'inspirant des considérants d'un arrêt de la Cour de Lyon du 6 Mars 1880 (2). Mais pour nous, au point de vue de l'application de la loi du 13 février 1889 et après les explications que nous avons fournies sur l'interprétation qu'il fallait donner au § 3 de cette loi, l'affirmative n'est pas douteuse : pourvu que la femme s'oblige, que son assistance à l'acte de vente soit accompagnée d'un engagement personnel, le vœu de la loi est rempli.

53. — Peu importe, dès lors, que la femme commette quelque erreur dans les qualifications qu'elle prendra dans l'acte d'aliénation. L'immeuble aliéné est-il un conquêt de communauté ? La femme ayant sur cet immeuble un droit de co-propriété indivise tant que dure la communauté, choisira plutôt la qualité de covenderesse. L'immeuble est-il un propre du mari ? Dans cette hypothèse, il est plus logique pour la femme de se porter garante ou caution, puisqu'elle n'a aucun droit de propriété sur l'immeuble. Supposons qu'elle figure néanmoins dans l'acte comme covenderesse. Cette erreur n'aura aucune influence sur la validité de la renonciation. Il est indifférent, au point de vue de la renonciation,

(1) Labbé. *Rev. Crit.* 1881, p. 341.

(2) Lyon 6 Mars 1880. — Sous Cass. Req. 22 Nov. 1880. Sir. 81.1.473 et la note.

que la femme s'oblige comme covenderesse, garante ou caution ; il suffit qu'elle s'oblige (1).

54.— Il faut incontestablement assimiler au cas de vente celui de l'échange et de la dation en paiement. Dans l'une et l'autre hypothèse la femme est en réalité covenderesse.

Le mari et la femme cèdent conjointement à un tiers un immeuble propre au mari ou dépendant de la communauté, pour en avoir un autre. La participation de la femme à l'acte en qualité de co-échangiste entraînera la renonciation tacite à son hypothèque légale sur l'immeuble aliéné. Le contrat d'échange n'est, en effet, qu'un double contrat de vente, et, s'il existe entre ces deux contrats des différences essentielles, au point de vue de la loi du 13 février 1889 il n'y en a pas : « Quoique le contrat d'échange, dit Pothier, soit » différent du contrat de vente, néanmoins comme » il produit dans chacun des contractants *les* » *mêmes obligations de garantie que le contrat de* » *vente produit dans le vendeur*, on ne peut dis- » convenir que le contrat d'échange ne soit un » contrat ressemblant au contrat de vente, et » tenant de la nature de ce contrat » (2). Le Code Civil n'a pas d'autres principes. (Art. 1705 et 1707) (3).

Même solution s'il s'agit d'une dation en paiement : « Dare in solutum est vendere » (4). Sans doute la *datio in solutum* suppose une obligation

(1) Escorbiac, op. cit, p. 141.

(2) Pothier, op. cit. t. III. De la vente, n° 620.

(3) Guillouard, Traité de la vente et de l'échange, 1^{re} édit., t. II, nos 913 et 927.

(4) L. 4. C. de evict. VII, 45.

préexistante qu'elle va éteindre. Mais dans la dation en paiement comme dans la vente, le créancier, s'il est évincé, a une action en garantie contre le débiteur qui lui a donné la chose en paiement, comme celle de l'acheteur contre le vendeur : « A » ce point de vue, dit M. Guillouard, l'analogie » entre les deux situations est frappante, et les » motifs de décider sont les mêmes » (1).

55. — Pour des raisons absolument identiques, la femme qui, avec son mari, est partie à une transaction aboutissant à la transmission d'un immeuble du mari ou de communauté, abandonne son hypothèque légale : c'est une véritable vente (2).

56. — Une femme intervient à un acte de société et fait l'apport à la société, conjointement avec son mari, d'un immeuble propre à ce dernier ou dépendant de la communauté; ce concours emporte renonciation tacite à l'hypothèque légale. On peut soutenir très raisonnablement que la femme joue ici le rôle de coven-deresse. Comme le dit un arrêt de la Cour de Nancy : « La situation de la femme est celle » d'une femme concourant avec son mari à » l'aliénation des biens propres à celui-ci ou de » communauté au profit d'un tiers acquéreur (3). » Assurément, il n'y a pas entre le contrat de vente et le contrat de société ces ressemblances que nous venons de rencontrer dans les précé-

(1) Guillouard, op. cit. t. I, n° 67. — Pothier, De la vente, n° 604-605.

(2) Guillouard, op. cit. t. I, n° 71.

(3) Nancy, 10 août 1875. — Sir. 76. 2. 245.

dentes hypothèses. Mais en ce qui concerne l'apport en société d'un immeuble, il est, comme la vente, translatif de propriété et constitue l'associé garant envers la société de la même manière qu'un vendeur l'est vis-à-vis de son acheteur (art. 1845 Civ.). D'ailleurs, en vertu de ce même article 1845, si l'on refusait à la femme la qualité de venderesse, il faudrait tout au moins lui attribuer celle de garante : ce qui amènerait le même résultat, en ce qui concerne la renonciation tacite (1).

57. — Jusqu'à la loi du 13 février 1889, la qualité de donatrice que la femme prenait, conjointement avec son mari, dans une donation soit d'un bien du mari, soit d'un bien commun, lui enlevait le bénéfice de son hypothèque légale : c'était de jurisprudence. Est-ce encore possible ? Nous le croyons. Le texte de la loi du 13 février 1889 ne fait pas de différence entre les diverses manières dont le tiers devient acquéreur ; pourquoi dès lors distinguer entre les aliénations à *titre gratuit* et les aliénations à *titre onéreux*. Dans l'un ou l'autre cas, la loi s'applique également. Les mots « *acquéreur* » et « *aliénation* » que la loi emploie à plusieurs reprises, ont une signification très large ; il n'est que juste d'entendre dans un sens aussi général et corrélatif, le mot « *covenderesse*. » Quoiqu'il en soit, et si quelque doute pouvait subsister à cet égard, il suffirait de voir dans la femme donatrice une garante ; ce qui ne peut être contesté. En cas de constitution de dot, les articles 1440 et 1547

(1) Voy. Guillouard, Du contrat de société, n^{os} 163, 177, 179.

Civ. sont formels. Dans toutes les autres hypothèses, la femme doit toujours répondre de l'éviction qui procède d'un fait personnel; il y a une obligation dont elle est tenue, c'est de respecter la convention qu'elle a consentie (1).

58. — B. **Garante.** — C'est la seconde qualité que peut prendre la femme. Après les explications qui précèdent, nous serons très sobres de détails à ce sujet. C'est le même principe qui est en jeu et les mêmes effets qui en découlent que pour le cas où la femme est covenderesse. Pourquoi la femme covenderesse est-elle réputée renoncer à son hypothèque légale? sinon parce qu'elle est garante. D'ailleurs, à en juger par les monuments de la jurisprudence antérieure à la loi du 13 février 1839, ce fait d'une garantie isolée se produira rarement; la femme qui voulait renoncer à son hypothèque légale en faveur d'un tiers acquéreur se portait toujours covenderesse en même temps que garante.

59. — C. **Caution.** — Le projet de la Commission du Sénat ne mentionnait pas cette dernière forme du concours de la femme. C'est à un amendement de M. Lisbonne qu'on doit l'introduction du mot « *caution* » dans le texte du § 3. Pourquoi? Nul ne s'est expliqué à cet égard, ni l'auteur de l'amendement, ni le rapporteur de la Commission et cependant le cas ne s'était jamais présenté en pratique.

Que la femme qui se constitue caution de la vente consentie par son mari, renonce implici-

(1) Voy. sur ce point Demolombe, t. 20, n° 550.

tement à son hypothèque légale, il n'y a là rien que de très naturel. Ce n'est encore qu'une des nombreuses applications de la maxime *quem de evictione*, etc. La caution répond des obligations du vendeur vis-à-vis de l'acheteur, par conséquent de l'obligation de garantie comme des autres. La femme serait donc mal venue de vouloir exercer son hypothèque légale contre le tiers acquéreur.

60. — Un des commentateurs qui ont étudié avec le plus de soin la loi du 13 février, M. Escorbiac, s'est élevé avec force contre cette disposition qu'il considère comme une violation regrettable des principes jusqu'à ce jour appliqués en matière de cautionnement. Le cautionnement, dit-il, est un engagement essentiellement personnel. La caution s'engage sur tous ses biens d'une manière générale (art. 2092 Civ.); mais elle conserve l'intégralité de son patrimoine, or la loi du 13 février 1889 (§ 3) fait perdre à la femme *ipso facto* son droit d'hypothèque sur l'immeuble vendu, droit désormais éteint et dont elle ne peut plus disposer. Personnelle, l'obligation de la caution est, en outre, subsidiaire, c'est-à-dire que la caution a le droit d'exiger que le créancier *discute* préalablement le débiteur principal, à moins qu'elle n'ait renoncé *au bénéfice de discussion* ou qu'elle ne se soit obligée solidairement avec le débiteur (art. 2021 Civ.). Comment ce bénéfice de discussion, qui est de droit commun, a-t-il été enlevé à la femme, caution pure et simple? Si le mari emprunte une somme d'argent, et que la femme cautionne le prêt, de l'aveu de tous, ce cautionnement ne peut entraîner l'aban-

don de son hypothèque. Pourquoi en serait-il autrement lorsque la femme cautionne la vente faite par le mari d'un immeuble grevé de l'hypothèque légale : « Son engagement, dans le second cas, » *ne change pas de nature* ; il a le même caractère » que dans le premier » (1).

61. — C'est précisément là où git l'erreur de M. Escorbiac. Il n'a pas tenu suffisamment compte de la nature même de l'obligation de garantie, dont le caractère spécial doit nécessairement réfléchir sur l'obligation de la caution. Il y a longtemps que Pothier a répondu aux objections critiques soulevées par M. Escorbiac, réponse d'autant plus péremptoire qu'il pose la question dans des termes identiques : « La caution, dit » Pothier, à qui j'oppose l'exception de garantie, » pourrait-elle m'opposer qu'en qualité de caution, » elle n'est tenue de l'obligation de garantie que » *subsidièrement* au vendeur, qui en est le prin- » cipal débiteur, qu'elle a le *bénéfice de discussion*, » et que je dois me pourvoir contre le vendeur, » avant que je puisse lui opposer l'exception de » garantie ?

» Non : car la caution ne peut opposer l'except- » tion de discussion que lorsque le débiteur prin- » cipal peut acquitter la dette. Mais, dans l'espèce » proposée, l'obligation de garantie dont le ven- » deur est le débiteur principal, et à laquelle la » caution a accédé, n'étant autre chose que celle » de me défendre, et de faire cesser toutes les » actions qu'on pourrait donner contre moi pour » me faire délaisser la chose qui m'a été vendue,

(1) Escorbiac, op. cit. p. 188 et suiv. — p. 146.

» c'est une obligation qui ne peut être, dans l'espèce
» proposée, acquittée par mon vendeur, qui en
» est le débiteur principal, et qui ne peut l'être que
» par la caution, puisqu'il n'y a qu'elle qui puisse
» faire cesser l'action qu'elle intente de son chef
» contre moi en abandonnant cette action (1). »

Pothier va même plus au fond de l'objection que M. Escorbiac et sa réponse n'est pas moins satisfaisante que tout à l'heure : « On opposera, que s'il
» n'est pas au pouvoir de mon vendeur d'acquitter
» l'obligation primitive, il est en son pouvoir
» d'acquitter l'obligation secondaire, qui consiste à
» me payer les dommages-intérêts qui résulteront
» de l'éviction, et que tant qu'il est en son pouvoir
» de l'acquitter, je ne puis pas me pourvoir contre
» la caution. La réponse est que l'obligation pro-
» ductive de la garantie ne doit être convertie en
» l'obligation secondaire des dommages-intérêts
» que dans le cas auquel elle ne pourrait être
» acquittée par tous ceux qui y sont tenus : que
» cette obligation primitive, dont la caution est
» tenue, pouvant être acquittée par la caution, en
» la faisant déclarer non recevable dans la demande
» qu'elle a donnée de son chef, on doit l'y déclarer
» non recevable, plutôt que de convertir l'obliga-
» tion primitive de la garantie, en l'obligation
» secondaire des dommages-intérêts » (2).

62.— Nous arrivons maintenant à la sanction des règles édictées à ce sujet par la loi du

(1) Pothier, op. cit. De la vente, n° 177. — Voy. aussi Troplong, De la vente, n° 462. — Guillouard, de la vente et de l'échange, n° 314 — Tissier, op. cit. p. 643, note 2.

(2) Pothier, op. cit. De la vente, n° 177.

13 février 1889. En cas d'inobservation de ses prescriptions, le juge devra prononcer la *nullité* de la renonciation faite dans une autre forme et bien que les parties eussent nettement manifesté l'intention de renoncer.

63. — Par qui la nullité pourra-t-elle être proposée ? — Il est facile de trancher la question. Un double intérêt a guidé le législateur dans cette innovation : celui de la femme et celui des tiers : « Au point de vue de la femme, disait le rapporteur au Sénat, il importe de la protéger, » d'appeler son attention au moyen d'une formule » précise sur l'étendue de l'engagement qu'elle » est appelée à prendre. Or, lorsque la femme » déclare dans un acte de vente qu'elle concourt » à la vente comme co-venderesse, comme caution » ou comme garante, il n'y a là aucune espèce » d'incertitude, elle connaît l'importance de l'acte » auquel elle se livre » (1). Parlant ensuite de l'intérêt des tiers, il ajoutait : « La commission » a pensé qu'il serait éminemment dangereux au » point de vue de la publicité, c'est-à-dire au » point de vue des tiers, de se contenter d'un » simple concours, parce que les tiers qui traitent » avec la femme ont besoin de savoir si elle a » renoncé à son hypothèque légale, et que si cette » renonciation résulte de circonstances qui peuvent » être diversement appréciées, il n'y aura, pour » les tiers qui consulteront le registre des trans- » criptions et qui verront l'acte de vente contenant » un simple concours, aucune espèce de sécu-

(1) Sénat, séance du 6 février 1888, discours de M. Merlin. — Voy. aussi le rapport de la commission du Sénat.

» rité » (1). D'où cette conclusion que les tiers et la femme elle-même auront la faculté d'invoquer la nullité résultant de la violation du § 3 de la loi du 13 février 1889.

Quant aux erreurs qui pourraient se glisser dans les diverses qualifications prises par la femme, nous avons décidé qu'elles n'engendraient pas de cause de nullité.

64. — Bien des critiques ont accueilli les innovations contenues dans le § 3 de la loi du 13 février 1889. Chemin faisant, nous en avons signalé quelques-unes et nous en avons réduit à néant. Déjà, lors de la discussion au Sénat, M. Clément avait vivement insisté sur le danger et l'inutilité d'indiquer d'une façon limitative et spéciale les formes de la renonciation tacite à l'hypothèque légale. C'était détruire l'harmonie de la loi du 23 mars 1855 et créer entre les deux parties de l'article 9 lui-même des disparates inexplicables ; la renonciation tacite étant admise, sans restriction d'aucune sorte, au profit des créanciers, pour quel motif proscrire en définitive la renonciation tacite en ce qui concerne le tiers acquéreur ? Il arrivera, dans l'espèce, que vous mettez le juge dans cette situation véritablement étrange : de déclarer que la renonciation n'existe pas, lorsque l'examen de la cause le lui démontrera jusqu'à l'évidence mais sous le prétexte que les circonstances ne sont pas celles spécifiées par la loi. En réalité, les difficultés, loin d'être aplanies, ne seront que déplacées et peut-être augmentées : en matière de convention,

(1) Sénat, séance du 6 fév. 1888, discours de M. Merlin, rapporteur. Déb. parlam., p. 108.

il est impossible d'échapper au pouvoir d'interprétation des tribunaux. Malgré ces observations contre une réforme que nul n'avait réclamée jusqu'à l'arrivée du projet de loi au Sénat, le législateur a passé outre : l'avenir dira si la confiance qu'il avait dans son œuvre était justifiée (1).

65. — On a ajouté depuis : rien de plus facile, d'ailleurs, en pratique, pour les tribunaux, que de tourner la loi et de ressaisir ce pouvoir souverain d'appréciation que le § 3 leur a enlevé. Le rapporteur, au Sénat, dans la séance du 6 février 1888, n'a-t-il pas ouvert lui-même la brèche qui rendra inutiles les efforts des auteurs de la loi, en concédant que le simple concours de la femme à l'acte peut être exceptionnellement considéré comme une renonciation, lorsque d'autres circonstances, jointes à son approbation, établissent qu'elle avait réellement l'intention de renoncer. Concession dangereuse! s'est-on écrié; contradiction manifeste, qui sera pour l'avenir une source fatale de controverses et de procès (2). A notre avis, ni ces craintes, ni ces critiques ne sont fondées. Le texte de la loi est formel, et c'est lui qui doit l'emporter; ceux-là mêmes qui ont découvert cette controverse en sont d'accord. Il nous semble, en outre, qu'on s'est mépris sur le sens des paroles du rapporteur et qu'elles ne renferment ni concession, ni contradiction.

(1) En ce sens : Escorbiac, *op. cit.* p. 120. — Tissier, *op. cit.* p. 642. — Voy. cependant Dalmbert, *op. cit.* p. 344.

(2) En ce sens : Escorbiac, p. 145. — Tissier, p. 643. — De l'Epine, *Revue du notariat*, art. n° 8295, p. 466.

On s'en convainc aisément en lisant ce qui précède et surtout ce qui suit le passage incriminé. Après avoir rappelé que la renonciation ne peut résulter que d'un engagement pris par la femme vis-à-vis de l'acquéreur, M. Merlin s'empare de l'exemple de la femme qui appose simplement son approbation et sa signature au bas d'un acte d'aliénation : « Est-ce là, dit-il, une renonciation » tacite à son hypothèque légale ? Nous disons : » Non ! *a priori*, à moins qu'il n'y ait des circonstances particulières qui viennent démontrer » qu'en apposant au bas de l'acte ce mot : » « Approuvé » et en signant, elle ait, en réalité, » l'intention de renoncer à son hypothèque » légale (1). » Quand le rapporteur s'exprime ainsi, il ne se place pas sous l'empire de la loi nouvelle ; il étudie la renonciation tacite en elle-même, se demandant en théorie pure, à un point de vue subjectif, en quelque sorte, si une renonciation peut résulter de l'apposition d'une signature et d'une approbation. Or, c'est justement cette manière de voir, exacte en principe, que le législateur ne veut pas adopter dans la pratique. Et c'est bien ainsi qu'il faut interpréter les paroles du rapporteur. La raison décisive en est dans le passage suivant qui se trouve quelques lignes plus loin, et qui nous découvre tout entière la pensée du rapporteur : « Or, je suppose » qu'une femme — reprenons l'exemple que je » citais tout à l'heure — appose au bas d'un » acte de ventesous-seing privé ce mot : « Approuvé » » et signe. Cet acte de vente est inscrit : il figure

(1) Sénat, séance du 6 février 1888. Déb. parlement., p. 116,

» au registre des transcriptions. Il se présente
» un individu à qui la femme, postérieurement
» à la transcription, offre la cession de son hypothèque. Ce tiers recherchera si la femme peut
» encore lui céder son hypothèque. Comment
» peut-il le faire? En se présentant au bureau
» des hypothèques et en se faisant remettre un
» extrait de la transcription. Il y verra que la
» femme a comparu à l'acte, qu'elle a écrit au
» bas : « Approuvé; » qu'elle a signé. Mais la
» question se posera alors à son esprit : A-t-elle
» renoncé à son hypothèque légale? — C'est une
» appréciation qui dépendra des circonstances,
» et surtout de circonstances que lui, tiers, ne
» connaît pas; car ce n'est que devant les tribunaux — si la question y est utilement portée,
» si ce tiers accepte l'offre de la femme et ayant
» commis l'imprudence de prêter au mari — ce
» n'est, dis-je, que devant les tribunaux que la
» question sera débattue, et que l'on verra comment elle doit être résolue suivant les circonstances que l'on fera valoir et les preuves que l'on apportera. *Je dis que ce n'est pas possible, et qu'en acceptant une pareille situation, vous iriez directement contre le but de la loi que vous faites (1).* »

66. — On a formulé un autre reproche — et celui-là nous paraît fondé — contre le principe même sur lequel s'est appuyé le législateur. Prétendre que la renonciation tacite doit nécessairement résulter d'un engagement pris par la femme : c'est une erreur. On peut très bien

(1) Sénat, séance du 6 février 1888. — Déb. parlem., p. 116.

concevoir que la femme renonce, c'est-à-dire fasse l'abdication d'un droit, sans contracter d'obligation et sa simple présence à la vente peut très raisonnablement s'interpréter en ce sens. N'en est-il pas ainsi en matière de renonciation expresse, et faut-il que la femme s'oblige lorsqu'elle renonce expressément; pourquoi, dès lors, la forcer de contracter une obligation en cas de renonciation tacite? (1).

67. — Bien plus! cette fois encore la protection exagérée du législateur se retournera contre la femme mariée. En ne faisant résulter la renonciation tacite de la femme à son hypothèque légale que d'une obligation expresse de covenderesse, de garante ou de caution, le législateur s'est-il rendu compte qu'il rendait la renonciation tacite beaucoup plus onéreuse pour la femme que la renonciation expresse? Rien n'est plus vrai, et cependant cette observation, qui ne nous semble pas encore avoir été relevée, que les adversaires mêmes de cette disposition au Sénat n'ont pas aperçue, avait déjà été signalée (2). Il suffit de supposer qu'il existe sur l'immeuble des créanciers hypothécaires inscrits postérieurs en rang à la femme, et que par suite de l'exercice du droit de préférence de la femme sur le prix, droit qui subsiste, ce prix ne couvre pas les créances hypothécaires. Trouvant le prix de l'immeuble insuffisant, un créancier forme une

(1) Tissier, op. et loc. cit. p. 642. — Bufnoir, sous Cass. 22 nov. 1880. Sir. 81. 1. 473 et rapport de M. le conseiller Crépon.

(2) Meurlon, op. cit. t. II, nos 957-959. — Labbé, Rev. crit., 1881. p. 341, *in fine*. — Mérignac, op. cit., n° 146.

surenchère du dixième. Si la femme avait renoncé purement et simplement, malgré le préjudice indirect que l'exercice de son droit de préférence fait subir à l'acquéreur, elle ne serait point tenue d'en faire le sacrifice. En effet, à quoi s'est-elle engagée? Uniquement à ne pas mettre en mouvement son droit de suite, à n'agir contre l'acquéreur ni par voie de délaissement ou d'expropriation, ni par voie de surenchère; mais elle ne s'est obligée, en aucune façon, à le protéger contre les poursuites dont il pourrait être l'objet des créanciers inscrits. Il en est de même lorsque la femme s'est associée à l'obligation de garantie de son mari; ce qui maintenant arrivera toujours en cas de renonciation tacite. La loi ne distingue pas; la disposition du § 3 de la loi du 13 février 1889 est absolue; dans l'une et l'autre situation, la femme conserve son droit de préférence. Rien ne l'oblige à arrêter, par le sacrifice de son droit de préférence, la surenchère, conséquence indirecte de l'exercice de ce droit. Mais il ne faut pas l'oublier — et voici en quoi consistera dorénavant la différence entre la renonciation expresse et la renonciation tacite — dans cette dernière hypothèse, nous avons, non seulement une renonciation tacite, mais une *garantie formelle fournie à l'acquéreur*. Si l'on se conformait strictement aux principes généraux de la garantie, la femme serait tenue, au même titre que son mari, d'arrêter la surenchère ou d'indemniser l'acquéreur si elle ne peut y réussir. En réservant à la femme son droit de préférence, même

au cas de renonciation tacite, la loi du 13 février 1889 a fait échec à la principale obligation résultant pour la femme de son obligation de garantie et qui était de mettre l'acquéreur à l'abri de toute éviction ou de lui restituer le prix. Mais elle n'a pas exonéré la femme, si celle-ci laisse consommer l'éviction, de cet autre chef de l'obligation de garantie qui consiste à indemniser l'acquéreur du préjudice que l'éviction lui cause (1). A moins d'enlever à cette promesse de garantie son sens ordinaire et sa raison d'être, on ne peut l'entendre autrement. A quoi servirait-il au tiers acquéreur de l'avoir fait insérer, si en dehors de la renonciation à l'hypothèque légale, elle ne lui était d'aucune utilité. Pour cela, une simple déclaration de renonciation était suffisante.

(1) Cpr. Bertauld, *op. cit.* n° 140. — Murlon, *op. cit.* t. II, n° 959. — Mérignhac, *op. cit.* n° 147. — M. Mérignhac prétend même que la femme est tenue, de par son obligation de garantie, d'arrêter la surenchère. Ce système déjà discutable sous le régime de la loi du 23 mars 1855 ne peut plus se soutenir actuellement en présence des termes du § 4 de la loi du 13 février 1889.

CHAPITRE II

De l'Authenticité.

68. — « *Dans tous les cas, dit le § 2 de la loi du 13 février 1889, cette renonciation n'est valable et ne produit les effets ci-dessus que si elle est contenue dans un acte authentique.* »

C'est là, à notre avis du moins, une innovation, en ce qui concerne les renonciations extinctives au profit des tiers acquéreurs. La loi du 23 mars 1855 n'avait pas modifié, à cet égard, l'état de choses antérieur. Son article 9 — il nous semble l'avoir victorieusement démontré — ne pouvait ni dans ses termes, ni dans son esprit s'appliquer à cette hypothèse; le législateur de 1855 n'avait visé uniquement que les renonciations transmissives, les subrogations véritables : c'était seulement cet acte dont on lui avait révélé les dangers et les inconvénients. Il était impossible d'astreindre la renonciation extinctive à des formalités établies par un article qui lui était et devait lui demeurer totalement étranger (1).

Cette opinion n'était pas acceptée d'une façon unanime et la controverse a régné sur ce point

(1) En ce sens : Pont, op. cit. t. II, n° 486, p. 529 et n° 584; Mourlon, op. cit. n° 1015. — Bufnoir, sous Cass. 22 nov. 1880. Sir. 81, 1, 473. — Mérignhac, n° 118 et suiv.

jusqu'en ces derniers temps. On soutenait que l'article 9 ne faisait aucune distinction entre ces deux espèces de renonciations, pourtant si différentes. « Les renonciations extinctives au profit » d'un acquéreur, sont-elles donc sans danger ? » Ne peuvent-elles point être le résultat d'entraînements, de surprises ? Pourquoi lorsque dans tous les cas où il y a des conséquences désastreuses et des abus à redouter, tantôt protéger les femmes, tantôt les abandonner à elles-mêmes ? » (1).

69. — Une autre controverse était venue se greffer sur la précédente. Tout le monde reconnaissait que les renonciations *translatives* étaient soumises à l'authenticité. Mais quelle était *dans cette hypothèse* l'étendue de la sanction apportée à cette condition ? La femme pouvait-elle, aussi bien que le tiers, invoquer la nullité provenant du défaut d'authenticité ? Ici encore les auteurs étaient divisés. Les uns, sous le prétexte que l'article 9 avait eu particulièrement pour objet la sûreté des créanciers, refusaient à la femme la faculté d'exciper de la nullité de la renonciation contenue dans un acte sous seing privé (2). Les autres, s'inspirant des origines et des causes de la loi de 1855, montraient d'une façon indiscutable que le but du législateur avait été de protéger la femme à raison des dangers que présentait pour elle la pratique des subrogations ; on avait même pro-

(1) Bertauld, n° 83. — Même sens : Aubry et Rau, t. 3, § 288 bis, p. 466. — Le Baron, op. cit. n° 603. — Labbé, Rev. crit. 1881, p. 339.

(2) Pont, t. I, n° 467, p. 509. — Flandin, De la transcription, n° 1547. — Troplong, qu'on cite souvent en ce sens, n'examine la question qu'au point de vue de la publicité : Transcription n° 342.

posé comme remède, lors de la discussion de cette loi, de subordonner la validité de ces actes à l'autorisation de justice. Voulait-on d'ailleurs que le motif unique de l'authenticité de la subrogation eût été que cet acte devait servir de première base à une inscription ? Mais alors ce n'en était pas moins un acte solennel, conséquemment nul quand il se produit en dehors des formes prescrites (1).

70. — C'est seulement cette dernière question que la Cour de Cassation avait été appelée à trancher dans une espèce où les juges du fond avaient déclaré souverainement que la renonciation litigieuse était translatrice. Elle s'était prononcée et avec raison, pour la nullité absolue. Mais cette fois encore elle avait passé à côté de la question principale : celle de l'application ou de la non-application de l'article 9 de la loi du 23 mars 1855 aux renonciations purement *extinctives*. Elle n'admettait donc pas la doctrine de la Cour de Lyon qui prescrivait l'authenticité de la renonciation dans tous les cas, sans faire de distinctions entre les renonciations abdicatives et les renonciations translatrices (2). La solution de la Cour de Lyon était, comme on le voit, en harmonie avec sa précédente jurisprudence. La Cour de Dijon, au contraire, posait entre les deux sortes de renon-

(1) Bertauld, n° 82; Mourlon, t. II, n° 1005; Aubry et Rau, t. 3, § 288 bis, p. 466; Labbé, op. et loc. cit.; Le Baron, op. et loc. cit., Bufnoir, op. et loc. cit.; Mérignhac, n° 49; Dalmbert, op. cit. n° 7, p. 347.

(2) Lyon, 6 mars 1880. Sir. 1881, 1, 473, sous Cass. 22 nov. 1880. — Dans le même sens Bourgageuf, 27 fév. 1869 Sir. 69, 2, 88. — Amiens, 26 mai 1874. Sir. 1875, 2, 113.

ciation une distinction très nette, distinction absolument justifiée, et pour elle la renonciation extinctive, au point de vue de l'authenticité, comme au point de vue de la publicité, était restée en dehors de l'article 9 (1).

71. — En présence de cette jurisprudence incertaine, il fallait de toute nécessité résoudre la question par une disposition législative. Au Parlement, les difficultés et les hésitations recommencèrent : on était loin d'être d'accord sur la nécessité de l'authenticité, et ce n'est qu'après beaucoup de tergiversations que fut voté le § 2 de la loi actuelle. Le projet des notaires en 1881 ne s'était pas expliqué au sujet de l'authenticité. Par un sentiment de délicatesse et de réserve, a-t-on dit, bien facile à comprendre, le notariat avait laissé aux pouvoirs publics le soin de décider. Aussi le Gouvernement, qui n'était lié par aucun scrupule, crut devoir proposer la nécessité de l'acte authentique, mais seulement dans l'hypothèse où la renonciation aurait lieu par acte distinct. Lorsque la renonciation était contenue dans l'acte d'aliénation, la forme sous seing privé suffisait pour que la renonciation fût valable. Cette distinction n'était pas neuve et on peut en découvrir l'origine dans un considérant de l'arrêt de la Cour de Lyon du 6 mars 1880 précité.

La commission de la Chambre des Députés repoussa la distinction précédente. Plus rigoureuse que le gouvernement, elle exigea l'authenticité, même dans les cas où la renonciation résulte du

(1) Dijon, 4 août 1880. Sir. 80, 2, 323.

concours de la femme au contrat de vente. La Chambre des Députés vota la rédaction proposée en ce sens par sa commission. La commission du Sénat, elle, reprit, sur ce point, le projet du Gouvernement. Quand le projet vint en discussion, M. Léon Renault présenta un amendement pour revenir au texte voté par la Chambre des Députés, c'est-à-dire exiger l'authenticité dans tous les cas. Sur les observations du Ministre de la Justice, qui insista sur la nécessité de l'acte authentique, cet amendement fut renvoyé à la commission (1). Le rapport supplémentaire de la commission du Sénat repoussa une seconde fois l'amendement Renault (2). Puis lors de la discussion en deuxième lecture, M. Merlin, rapporteur, fit savoir que la Commission, revenant sur ses premières déterminations, acceptait l'amendement Renault. M. Trarieux défendit alors cet amendement contre les attaques énergiques de M. Clément, qui voulait le maintien du texte primitivement adopté par le Sénat (3). Enfin les partisans de l'authenticité sans restriction, ni réserve, triomphèrent et l'amendement passa dans la loi. Seulement le § 1 a gardé la trace de toutes ces vicissitudes par lesquelles a passé le § 2. A la suite du vote de l'amendement, une correction devenait nécessaire dans la rédaction du § 1 ; dans le membre de phrase « la renonciation a été consentie par acte *authentique distinct* », le qualificatif « authentique » qui faisait ainsi opposition aux mots « acte d'aliénation » sans épithète, n'avait

(1) Journ. off. Sénat. Séance du 6 février 1888.

(2) Journ. off. 25 mai 1888. — Annexe du Sénat, n° 344.

(3) Off. Sénat. Séance du 29 octobre 1888.

plus sa raison d'être et devait disparaître ; on l'a oublié.

Assurément cette innovation ne laissait pas que d'être considérable et mettait trop d'intérêts en jeu pour ne pas arrêter l'attention du législateur. Il faut reconnaître tout d'abord que le système éclectique proposé par le gouvernement et admis en premier lieu par le Sénat était inacceptable. Il manquait de logique. C'était le grave et juste reproche que lui adressaient les partisans de l'authenticité. Puisque l'on exigeait un acte authentique lorsque la renonciation avait lieu par acte distinct du contrat de vente, pourquoi ne pas assujettir la renonciation à la même exigence lorsqu'elle est contenue dans l'acte d'aliénation ? La nature du contrat n'avait pas changé et l'intérêt de la femme, motif de cette exigence, était resté le même. Il eût mieux valu pour les partisans de la non-authenticité se montrer plus radicaux et rejeter l'authenticité d'une façon absolue ; le terrain était plus solide, car ils échappaient ainsi au reproche de contradiction.

72. — Quelles raisons a-t-on invoquées et invoque-t-on encore en faveur de l'authenticité ? Celle qui apparaît en première ligne, qui domine tout le débat, est la nécessité de protéger la femme. On ne peut la livrer sans défense à toutes les surprises, à tous les entraînements, à toutes les suggestions, à tous les abus de l'autorité maritale. La nécessité de l'authenticité tend à ce but, « soit » en attirant par la solennité de l'acte, l'attention » de la femme sur le sacrifice qu'elle consent, » soit en la plaçant sous la sauvegarde d'un

» officier public chargé de l'éclairer, soit enfin en
» établissant, grâce aux lenteurs inséparables d'un
» acte authentique, une garantie contre la prompti-
» tude et la légèreté avec laquelle elle pourrait,
» dans un premier mouvement, abandonner ses
» garanties hypothécaires » (1). On ajoutait que
l'authenticité est une des bases essentielles de
notre régime hypothécaire ; que tout acte hypo-
thécaire, fut-il translatif, constitutif ou extinctif,
doit être reçu en la forme authentique (art. 2127
Civ.). Admettre la validité de la renonciation par
acte sous-seing privé, c'est renverser ce principe
général et incontesté et du même coup rompre
l'unité de la loi du 23 mars 1855. N'exige-t-elle
pas l'authenticité dans le cas d'une renonciation
au profit d'un créancier ? Et la renonciation en
faveur d'un acquéreur présente-t-elle moins de
danger ? Ce serait une véritable contradiction que
de refuser à la femme dans un cas la protection
qu'on lui accorde dans l'autre (2).

73. — Toutes ces raisons ne nous semblent
pas péremptoires et nous ne pensons pas que la
nécessité de l'acte authentique soit un progrès (3).
Parmi les idées qui ont présidé à la confection
de la loi du 13 février 1889, il en est qu'on retrouve
exprimées, presque à chaque ligne, dans les
travaux préparatoires ; ce sont les idées de simpli-
fication et d'économie. Or, il est incontestable

(1) Grenier, Subrog. à l'hyp. légale, n° 280.

(2) En ce sens : Escorbiac, p. 135. — Didier, Etude sur la loi
du 13 fév. 1889. *Journal le Droit*, n° 14 juillet 1889. — De l'Epine, Rev.
not. n° 8348, p. 695.

(3) En ce sens : Tissier, op. cit. n° 12.

que la règle de l'authenticité imposera aux parties une gêne et de nouveaux frais, surtout quand il s'agira de ventes d'immeubles de peu d'importance. Désormais, pour les ventes minimales, il faudra recourir à l'intermédiaire d'un notaire, sinon pour le contrat de vente, tout au moins pour l'acte de renonciation : résultat fâcheux pour la petite propriété. — Que signifie d'ailleurs l'argument tiré de l'article 9 de la loi du 23 mars 1855 et en quoi la faculté de renoncer par acte sous seing privé peut-elle briser l'harmonie de cette loi ? Nous ne cesserons de le redire : l'article 9 prévoit uniquement le cas de cessions devant donner lieu à inscription et d'un autre côté, il est inexact de prétendre que la renonciation est aussi grave pour la femme, qu'elle ait lieu au profit d'un tiers acquéreur ou d'un créancier hypothécaire. Il suffit de rappeler que dans le premier cas, elle n'est simplement qu'extinctive du droit de suite, que la femme garde en principe son droit de préférence, tandis que si elle intervient en faveur d'un créancier, elle est transmissive et la femme se dépouille complètement de tous ses droits hypothécaires.

C'est cette même distinction, capitale en cette matière, que l'on perd de vue lorsqu'on s'appuie sur l'article 2127 Civ. L'article 2127 ne vise que les actes générateurs d'hypothèques ou ceux destinés à en constater la transmission, ce qui ne se produit pas dans la renonciation extinctive. Si nous consultons les principes généraux en matière de renonciation hypothécaire (Art. 2180 Civ.), nous trouvons qu'aucune forme particulière n'est requise

pour sa validité ; l'authenticité n'est nécessaire que pour les actes en vertu desquels on opère une radiation (Art. 2157-2158 Civ.) ; ce qui suppose une inscription préexistante. C'est donc se montrer beaucoup trop absolu que de poser en principe que l'authenticité est le fondement de notre système hypothécaire. D'autant plus que rien ne prohibe la transcription des actes sous-seing privés. Et quant à la règle considérée en elle-même, il en est qui ne la trouvent point à l'abri de toute critique (1).

Réforme d'ailleurs inutile, a-t-on dit au Sénat, reproduisant une objection déjà faite. Qui donc peut interdire à la femme de se porter garante de la vente par acte sous-seing privé et de s'enlever ainsi le droit d'invoquer son hypothèque légale sur l'immeuble vendu au préjudice de l'acquéreur : garante personnelle de la vente, elle n'a plus le droit d'évincer, elle ne pourra ni poursuivre l'expropriation de l'immeuble, ni surenchérir en cas de purge (2). Cette conséquence sera inévitable au cas de renonciation tacite, puisque désormais la loi du 13 février 1889 prescrit alors l'engagement personnel de la femme comme garante ; elle se produira pour toutes les renonciations expresses, si l'acquéreur a eu soin, en même temps, de se munir de la garantie personnelle de la femme.

Nous sommes loin de partager la confiance illimitée que le législateur accorde à l'acte authentique, lorsqu'il y voit un moyen efficace de protéger la femme. C'est encore une de ces illusions qui étonnent à notre époque et que

(1) Baudry-Lacantinerie, *op. cit.* t. 3, n° 1312.

(2) Bufnoir, sous Cass. 22 nov. 1880. *Sir.* 81. 1. 473. — Labbé, *Rev. crit. loc. cit.* — Didier, *op. et loc. cit.*

l'expérience des affaires a vite détruites. Comme le fait remarquer M. Mérignhac avec un grand sens pratique : « Si le mari a sur la femme l'influence » que l'on redoute, ce ne sera point le conseil » donné, au moment du contrat, par le notaire » rédacteur, qui pourra la contre-balancer. » Celui-ci sera le plus souvent fort embarrassé » pour formuler une observation quelconque, » car l'acte de la femme, bien que désavantageux » en apparence, peut cependant avoir des conséquences utiles (1). » On peut ajouter que dans ces rares hypothèses, où l'on craint les excès de l'autorité maritale, c'est, avant d'entrer dans le cabinet de l'officier ministériel, que la femme aura été circonvenue, ses appréhensions dissipées et ses velléités de résistance vaincues ; signant sous l'œil du mari qui doit donner son autorisation, elle n'osera point, à cet instant critique, entreprendre une lutte qui est de nature à rompre l'harmonie dans le ménage. D'un autre côté, n'agit-t-on pas un peu trop ce spectre de l'autorité maritale et n'abuse-t-on pas du tableau, si souvent refait, de ses excès et des faciles entraînements de la femme. Il y a là des oppositions et des antithèses qui prêtent à une sentimentalité parfois éloquentes, dont il faut se défier. Si l'on ne se laisse pas séduire par la magie des mots, on reste convaincu que les situations, auxquelles on fait allusion, ne sont qu'exceptionnelles et ne constituent qu'une faible minorité ; que dès lors elles ne réclament point l'établissement de règles générales, préjudiciables au grand nombre.

(1) Mérignhac, n° 151.

Il s'en faut de beaucoup qu'en principe la renonciation de la femme à son hypothèque légale soit pour elle la ruine irrémédiable; elle peut, au contraire, faciliter singulièrement les affaires du mari et contribuer par cela même à la prospérité de la fortune de la femme. Au surplus, la forme authentique est-elle imposée à la femme lorsqu'elle vend un de ses immeubles propres? La femme peut s'obliger de cent manières différentes sans que ses engagements soient soumis à l'authenticité. Pourquoi faire exception au cas de renonciation extinctive à son hypothèque légale?

Il est même un cas où l'exigence de l'authenticité se tourne contre la femme. S'il n'existe pas d'inscriptions sur l'immeuble au profit de tiers, la position de la femme qui s'est portée garante et dont la renonciation tacite est nulle pour défaut d'authenticité, est beaucoup moins favorable que celle dont la renonciation est valable. Ce résultat, étrange au premier abord, n'en est pas moins incontestable. D'après le § 4 de la loi du 13 février 1889, lorsque la femme renonce à son hypothèque légale, l'acquéreur ne peut verser le prix de vente entre les mains du mari, sans le consentement de la femme; or, ce consentement cesse d'être nécessaire, si la renonciation tombe pour défaut d'authenticité et le paiement fait au mari, sans le consentement de la femme, est libératoire au respect de la femme elle-même (1).

En définitive on a abouti à créer une cause

(1) Voy. Dalmbert, op. cit. n° 9 bis, p. 348.

de nullité contre des actes librement consentis et que la femme ne songe pas à attaquer, cause de nullité que le tiers acquéreur ou un tiers étranger au contrat saisira avec empressement pour faire tomber la renonciation dans son intérêt (1).

74. — Il nous faut maintenant étudier les conséquences pratiques de la règle nouvelle.

Que la renonciation soit contenue dans l'acte d'aliénation ou dans un acte distinct, la forme authentique est nécessaire : le texte ne laisse aucun doute à cet égard.

Mais que faut-il entendre par le mot « *authentique* » du § 2 ? *A priori* la question peut paraître singulière, tout au moins inutile. Des auteurs, pourtant, traduisent ce mot par le mot « *notarié* » ; toute renonciation constatée par un acte authentique, autre qu'un acte notarié, serait nulle. Les notaires sont les seuls officiers publics qui aient compétence spéciale pour imprimer le caractère d'authenticité à un acte hypothécaire quelconque(2). — Cette opinion n'est pas exacte. Je vous assigne en conciliation, vous et votre femme ; une transaction intervient entre nous, et pour la garantie des concessions réciproques par lesquelles nous réglons notre différend, votre femme renonce à son hypothèque légale : le juge de paix dresse procès-verbal de la transaction qui renferme

(1) Tissier, op. cit. n° 12. — Dans l'un et l'autre sens, consulter le rapport de M. Merlin au Sénat et la discussion qui a eu lieu dans les séances des 6 février et 29 octobre 1888.

(2) Sic : Escorbiac, op. cit. p. 134. — De l'Epine, Rev. not. art. n° 8348, p. 696.

une vente à mon profit d'un immeuble du mari ou de la communauté. Cet acte est certainement un acte authentique (art. 1317 Civ.); il est reçu par un officier public compétent et la renonciation sera valable (1). Le mot « authentique » a, dans la langue du droit, une signification exacte et précise. Soutenir l'opinion que nous combattons, c'est lui donner une portée qu'il n'a pas. Quand le législateur exige la forme notariée, il le dit d'une façon expresse (art. 931; art. 1394; art. 2127 Civ.). Même dans cet article 2127, où il emploie l'expression « authentique, » il en limite aussitôt le sens. Or, après avoir dit que les renonciations doivent être faites par acte authentique, la loi du 13 février 1889 n'ajoute point que cet acte authentique devra émaner d'un notaire. S'il en était encore besoin, on pourrait remarquer que l'art. 9 de la loi du 23 mars 1855 emploie, lui aussi, l'expression « acte authentique, » et que sous l'empire de cette loi, on n'a jamais prétendu que les subrogations à l'hypothèque légale prévues par l'article 9, ne pussent résulter que d'un acte notarié (2). Quant aux travaux préparatoires, ils ne renferment aucune explication à cet égard.

(1) Vainement objecterait-on que les conventions constatées dans les procès-verbaux de conciliation dressés par le juge de paix, n'ont *force que d'obligations privées*. (Art. 54, Pr. civ. al. 2). Cet article doit s'entendre seulement en ce sens que ces procès-verbaux n'auront ni force exécutoire, ni l'effet d'emporter hypothèque, mais ils n'en constituent pas moins des actes authentiques dans les termes de l'art. 1317. Civ. ayant date certaine faisant foi jusqu'à inscription de faux, etc. Voy. en ce sens qui n'est guère discuté : Aubry et Rau, t. IV, § 419, p. 659; Garsonnet, *Traité théorique et pratique de procédure*, t. 2, p. 225.

(2) Mourlon, t. II, n° 1012; Bertauld, n° 82; Mèrignhac, n° 40.

Sans doute, dans la discussion, on s'est préoccupé particulièrement de l'influence du notaire rédacteur de la renonciation : c'était la situation la plus ordinaire et la plus fréquente. Mais rien n'indique que le législateur ait voulu exclure tout autre officier public que le notaire. D'ailleurs le texte est formel.

75. — Si la renonciation a été consentie par devant notaire, l'acte doit, en principe, être dressé *en minute* : c'est le droit commun pour les actes notariés (art. 20 L. 25 Ventôse, an XI). Est-ce à dire qu'une renonciation contenue dans un acte *en brevet* serait nulle ? Bien entendu la difficulté ne peut se présenter que lorsque la renonciation s'effectue par acte séparé ou est expresse : un acte de vente notarié ne peut être reçu en brevet. On admet généralement la validité d'un acte constitutif d'hypothèque consentie dans un acte notarié dont il n'a pas été gardé minute et cela par argument des mots « *original en brevet* » de l'article 2148 Civ. (1). Peut-on étendre par analogie cette solution aux actes portant renonciation à l'hypothèque légale ? Pour nous aucun principe ne s'y oppose. En présence du silence de la loi du 13 février 1889 requérir un acte en minute serait ajouter à la loi et créer une cause de nullité en dehors de son texte. Le conservateur des hypothèques doit donc procéder à la mention en marge de la transcription sur la simple production de l'*original en brevet* de la renonciation (2).

(1) Pont, op. cit. t. 2, n° 665. p. 61 et n° 942 ; Aubry et Rau, t. 3, p. 274 ; Baudry-Lacantinerie, op. cit. t. III, n° 1315. — Alger, 7 mai 1870 ; Revue not. n° 2992. — Mourlon, t. II, n° 1013.

(2) Cpr. Mourlon, t. II, n° 1013.

76. — La renonciation a été faite par acte authentique, doit-elle être *acceptée* dans la même forme? — La loi du 13 février 1889 n'en parle pas. Mais avant de résoudre cette question, il n'est peut être pas inutile de se demander si pour être parfaite la renonciation à son hypothèque légale par la femme au profit d'un tiers acquéreur a besoin de l'*acceptation* de ce dernier. Des auteurs, d'accord avec la Jurisprudence, l'ont contesté pour le cas de la renonciation au profit d'un créancier; ils se fondent sur la nature de la renonciation qui est un acte *unilatéral*, produisant son effet par elle-même, sans qu'il soit nécessaire d'une acceptation du bénéficiaire (1). Nous ne pouvons nous rallier à cette opinion. Que l'on se reporte à la définition de l'acte unilatéral (art. 1103 Civ.) et l'on verra que l'argument tiré de ce que la renonciation est un acte unilatéral doit être écarté. Le contrat unilatéral n'exige pas moins que le contrat synallagmatique le concours de deux volontés; alors même qu'il n'y a d'obligation que de la part d'une seule partie, il n'en faut pas moins pour que cette partie soit liée, que l'autre ait manifesté la volonté d'en profiter. C'est ce qu'exprimait la loi romaine par cette définition de la convention : *duorum vel plurium in idem placitum consensus* (2). La véritable question serait donc plutôt celle de savoir si la renonciation abdicative à l'hypothèque légale est une *convention*. Pour nous l'affirmative est certaine : « La subro-

(1) Sic : Troplong, Priv. et hyp., t. 3, n° 738 et t. 4, n° 868; Aubry et Rau, t. 3, § 292, p. 489; Mèrignac, n° 43, in fine. — Cass. 19, nov. 1855, Sir. 56, 1, 145. — Nîmes, 5 août 1862, Sir. 62, 2, 402.

(2) L. 1, 1. Dig. de pactis; I. 1.

» gation d'hypothèque, dit Laurent, sous quelque
» forme que la femme la fasse, est une *convention*,
» qui intervient entre elle et un tiers créancier ou
» un tiers acquéreur » (1). Car il ne faudrait pas
confondre la renonciation qui nous occupe avec
la renonciation à succession ou à communauté,
ou la renonciation d'un légataire à son legs. Les
situations sont bien différentes. Ceux qui recueil-
lent le droit abandonné dans ces hypothèses, ne
le recueillent pas par un effet direct de la volonté
du renonçant, mais en vertu d'un droit rival
préexistant, qui reprendra force aussitôt que le
droit du renonçant cesse d'y faire obstacle. Ce
sont-là des renonciations abstraites, en quelque
sorte, faites d'une manière générale, absolue et
sans désignation de la personne à qui le renonçant
veut qu'elle profite. Toute autre est la renonciation
à l'hypothèque légale au profit du tiers acquéreur.
Elle est limitée, faite dans de certaines bornes et
son but est de favoriser une personne déterminée
à laquelle l'hypothèque légale peut préjudicier.
Lorsque la femme déclare renoncer, elle fait une
offre, qui doit, comme toute offre, être acceptée
pour lier son auteur (2).

76 bis. — Cette solution ne nous semble pas faire
de difficultés lorsque la renonciation à l'hypothèque
légale au profit du tiers acquéreur est *translative*
du droit de préférence (voy. *infra* n° 142). La
renonciation revêt alors un caractère conventionnel

(1) Laurent, Principes de droit civil français, t. 31, n° 352.

(2) En ce sens Bertauld, op. cit. n° 84; Mourlon, op. cit. t. II, n°
1007 et 1009; Gautier, Journal du palais, 1857, p. 27, sous Cass.
19 nov. 1855; Baudry-Lacantinerie, op. cit. t. 3, n° 1500; Thézard
op. cit. n° 244, p. 334.

indéniable ; elle constitue un véritable contrat qui exige, pour sa formation, un double consentement.

Il n'y a même pas lieu, suivant nous, de distinguer à cet égard entre ce cas et celui où la renonciation est purement *extinctive* soit du droit de suite seul, soit du droit d'hypothèque légale. (Voy. *infra* numéros 99 et suiv.). Cette circonstance de l'extinction ou de la transmission du droit est sans influence sur la question que nous étudions actuellement. L'extinction ou la transmission du droit ne constituent pas la renonciation ; elles n'en sont que l'effet et le résultat. — On peut objecter, il est vrai, que la renonciation extinctive à l'hypothèque légale ou au droit de suite consiste dans l'abandon purement unilatéral d'un droit réel et que celui qui a un droit dans la chose peut abdiquer ce droit par sa seule volonté. Mais c'est résoudre la question par la question. Il s'agit précisément de savoir si l'abandon d'un droit réel au profit d'une personne déterminée, dans l'espèce, du droit d'hypothèque légale au profit du tiers acquéreur, est unilatéral, en ce sens, qu'il peut être parfait et valoir comme *lien de droit* sans le concours du tiers acquéreur. Il est évident que la renonciation en elle-même, n'est jamais que l'acte d'une seule volonté. Pour renoncer à un droit qui m'appartient, je n'ai pas besoin du consentement d'un autre : c'est là une règle de bon sens, en même temps qu'un principe de droit. Or ce principe est également vrai pour les renonciations à un droit personnel ; ce qui n'empêche pas d'exiger qu'une renonciation à un droit personnel soit acceptée par le débiteur de ce droit pour être

parfaite (1). En d'autres termes, la véritable question est celle de savoir si la renonciation à l'hypothèque légale au profit du tiers acquéreur est obligatoire à l'égard de la renonçante, en dehors de toute acceptation du tiers acquéreur? Pour nous, elle ne le devient qu'à partir de l'acceptation expresse ou tacite de ce dernier; il est nécessaire que le tiers acquéreur ait manifesté l'intention de profiter de la renonciation. Il est, en effet, impossible de soutenir que la femme abandonne son droit d'hypothèque légale ou son droit de suite parce qu'elle n'en veut plus, *pro derelicto habere*. C'est contraire à l'intention de la femme et la loi, au surplus, le lui interdit (art. 2144-2145 Civ.). Peut-on prétendre que la femme renonce pour favoriser le tiers acquéreur, dans un but de libéralité à son égard? Non, assurément! C'est en faveur de son mari ou pour faciliter la vente des immeubles de communauté. L'abandon, le sacrifice que la femme fait de ses droits ne se peut concevoir et n'est rationnel que si le tiers acquéreur, à qui il doit profiter, le juge utile et nécessaire à sa sécurité. En matière d'usufruit et de servitudes, dans l'hypothèse, par exemple, d'une renonciation unilatérale, par l'usufruitier à son droit d'usufruit, il est peut-être exact de dire « qu'il n'y a aucun motif pour exiger, de » la part du titulaire du droit restreint ou primé, » une acceptation, qui doit être considérée comme » ayant existé virtuellement et d'avance » (2).

(1) Aubry et Rau, t. VI, § 323, p. 204. — Larombière, Traité des obligations, t. III, art. 1282, 2^o.

(2) Aubry et Rau, t. II, § 234, p. 518, note 45.

On peut, en effet, concéder qu'il est toujours de l'intérêt du nu-propriétaire de voir son droit de nue propriété se transformer en un droit de pleine propriété. Il y a là en quelque sorte une présomption d'acceptation, fondée sur la volonté des parties et la nature du droit, objet de la renonciation. Or, une présomption de ce genre fait absolument défaut en ce qui concerne la renonciation à l'hypothèque légale. Ni la nature du droit, objet de la renonciation, ni la volonté des parties ne sauraient ici lui servir de fondement. Il faut bien le remarquer; tant que l'usufruit n'est pas venu se joindre à la nue propriété sur la tête de la même personne, la nue propriété est un droit forcément incomplet, un démembrement de la propriété, destiné normalement à se convertir en un droit de pleine propriété le jour où l'usufruit sera éteint. (1). Il n'en est pas de même dans les relations de la femme titulaire de l'hypothèque légale et du tiers acquéreur : la nécessité pour le tiers acquéreur de voir s'éteindre l'hypothèque légale est loin d'être absolue et d'être imposée inéluctablement par la nature du droit d'hypothèque légale. L'extinction de l'hypothèque légale par la renonciation peut ne lui procurer aucun avantage et ne lui être d'aucune utilité. C'est,

(1) Sur la question de savoir si la renonciation à l'usufruit, peut être rétractée, tant que le nu-propriétaire ne l'a point acceptée, la jurisprudence admet que la renonciation est irrévocable, même à défaut d'acceptation de la part du nu-propriétaire. Cass. 16 mars, 1870. Sir. 70, 1, 281; 23 janv. 1877. Sir. 79, 1, 444. La doctrine est divisée, voy. en sens divers notamment : Aubry et Rau, t. II, § 234, p. 518, note 45; Demolombe, t. X, n° 733 bis et t. XX, n° 86 et les auteurs qui sont cités dans ces ouvrages. Voy. aussi Pothier. Du Douaire. Edit Bugnet, t. VI, n° 248.

qu'en effet, le tiers acquéreur est plein propriétaire de l'immeuble vendu. D'un autre côté, l'hypothèque légale constitue un droit essentiellement conditionnel dont l'existence est subordonnée au résultat de la liquidation de la société conjugale. S'il n'en ressort pas que la femme est créancière du mari, les immeubles ne seront pas grevés de l'hypothèque légale (Voy. *infra* n° 104). Alors que l'usufruit est toujours un amoindrissement du droit de propriété, un obstacle pour le nu-propriétaire d'être propriétaire, l'hypothèque légale peut être sans aucune influence sur le droit de propriété du tiers acquéreur et ne lui causer ni préjudice, ni diminution. Cela dépend des circonstances, circonstances qu'il appartient au tiers acquéreur d'apprécier. La renonciation est un *surcroît* de garantie qu'on offre à l'acquéreur ou que celui-ci exige le plus souvent contre une menace possible d'éviction; ce n'est pas une garantie nécessaire. Pourquoi donc la femme consentirait-elle raisonnablement l'abandon d'un droit, lorsque le tiers acquéreur peut ne pas en profiter et qu'il estime lui-même que cette abdication est pour lui sans utilité et sans objet? A l'acquéreur de juger si la renonciation lui est nécessaire. Si donc on interprète la volonté des parties et que l'on tienne compte en même temps du caractère aléatoire et précaire des effets de la renonciation à l'hypothèque légale, on arrive fatalement à cette conclusion que, jusqu'à l'acceptation tacite ou expresse du tiers acquéreur, la renonciation à l'hypothèque légale constitue seulement une offre qui, par suite, peut être révoquée.

L'acceptation du tiers acquéreur est indispensable pour rendre la renonciation obligatoire à l'égard de la femme.

77. — L'acceptation du tiers acquéreur une fois reconnue indispensable pour l'efficacité de la renonciation, l'acte qui la contient peut être valablement passé en la forme sous seing privé. La loi du 13 février 1889, à tort ou à raison, peu importe, a prescrit l'authenticité surtout en vue de protéger la femme. Il n'est pas entré dans la pensée du législateur de protéger le tiers acquéreur bénéficiaire des sacrifices que la femme fait à son profit. Pourquoi exiger une formalité qui ne rentre ni dans le texte ni dans l'esprit de la loi ? — Rien n'empêcherait même que l'acceptation pût avoir lieu *tacitement*. L'article 932 Civ., qu'on pourrait être tenté d'invoquer par analogie, est une disposition spéciale aux donations entre vifs et exceptionnelle de sa nature ; elle n'est pas susceptible d'être étendue aux autres conventions pour la validité desquelles la loi exige un acte authentique (1).

78. — Du caractère de convention que nous venons d'attribuer à la renonciation à l'hypothèque légale et de la nécessité de l'acceptation par le tiers acquéreur découle cette conséquence importante : tant que le tiers acquéreur n'a pas accepté la renonciation qui est faite à son profit, la déclaration émanée de la femme, qu'elle renonce à son hypothèque légale, valable si elle réunit toutes les conditions requises par la loi, ne constitue qu'une

(1) Voy. par anal. Pont, *op. cit.* n° 659. — Aubry et Rau, t. 3, p. 275.

offre, une simple pollicitation ; elle n'oblige pas la femme, qui peut évidemment la retirer.

79. — La volonté de la femme renonçante devant être constatée par acte authentique, il s'ensuit que si la femme veut se faire représenter par un mandataire, la procuration doit revêtir la forme authentique. Le consentement de la femme à la renonciation ne résulte alors que du mandat lui-même ; il ne serait plus, comme l'exige la loi du 13 février 1889, constaté par acte authentique, si la procuration était sous-seing privé. De plus, en permettant à la femme de donner mandat par acte sous-seing privé, on irait contre la volonté même du législateur : qui conseillerait la femme et comment serait-elle défendue contre les entraînements et les suggestions dont il la croit si souvent victime ? L'article 2 de la loi du 21 juin 1843, sur la forme des actes notariés, en soumettant aux mêmes formalités les actes et les procurations dressées à l'effet de consentir ces mêmes actes, vient à l'appui de cette solution. Aussi n'est-elle plus discutée (1). Le notaire rédacteur de la renonciation ou de l'acte de vente contenant la renonciation devra avoir soin de réclamer au mandataire de la femme une procuration authentique ; sa négligence à cet égard pourrait l'exposer à une action en responsabilité (2).

80. — *Sanction de la règle de l'authenticité.* — La

(1) Mourlon, t. II, n° 1006. — Bertauld, n° 84. — Le Baron, op. cit. n° 608. — Mérignhac, n° 47. — Dalmbert, n° 8 bis, p. 347. — Labbé, en note sous Cass., 27 juin 1881. Sir. 1, 1441, ainsi que cet arrêt et les références.

(2) Cass. req. 24 mai 1886. Rev. Not. Art. n° 7368.

renonciation consentie en dehors des formes prescrites par la loi du 13 février 1889 (§ 2) est nulle, non seulement d'une nullité absolue, mais d'une nullité de *non-existence*. Le texte de la loi est très net à cet égard et les travaux préparatoires confirment pleinement cette interprétation : « Dans » tous les cas, dit le § 2, cette renonciation n'est » valable et *ne produit les effets ci-dessus que si elle* » est contenue dans un acte authentique ». Déjà dans son rapport au Sénat, M. Merlin avait dit en parlant du système qui a fini par triompher : « Dans l'opinion des partisans de l'authenticité, » l'inobservation de cette formalité entraînera la » nullité *absolue* de la renonciation, et comme la » *solennité* de l'acte est surtout exigée dans l'intérêt » de la femme, la femme devra avoir elle-même » le droit de s'en prévaloir ». En un mot la loi du 13 février 1889 a fait entrer la renonciation à l'hypothèque légale au profit des tiers acquéreurs dans la famille des contrats *solennels*, au même titre que le mariage, l'adoption, la donation, le contrat de mariage, la constitution d'hypothèque (1), de ceux auxquels s'applique la maxime *Forma dat esse rei*, et pour lesquels l'authenticité constitue non un moyen de preuve, mais une formalité substantielle, un élément essentiel ; ce sans quoi la renonciation n'a pas d'existence légale, « *ne produit pas d'effets* » (§ 2).

(1) Sur la question de savoir si le contrat d'hypothèque est un contrat solennel, voy. dans le sens émis au texte notamment : Laurent, Principes de droit civil français, t. 30, n° 447 ; Baudry-Lacantinerie, t. III, n° 1312, p. 776. — *Contra* Labbé, sous Cass., 27 juin 1881. Sir. 1. 441 et cet arrêt.

81. — Ce point de vue une fois admis, et il nous semble incontestable, il en découle les règles suivantes :

1° La nullité pour défaut d'authenticité de la renonciation est indépendante de toute déclaration judiciaire. Il n'est pas besoin que le juge prononce la nullité pour enlever à la renonciation sous-seing privé toute efficacité (§ 2. Loi du 13 février 1889) (1).

2° Peut invoquer cette nullité *tout intéressé*, c'est-à-dire tous ceux dont les droits seraient limités par les effets de la renonciation, si elle avait quelque valeur. — Le juge a le droit de la reconnaître d'office.

3° Toute ratification ultérieure serait dépourvue d'effets. On ne ratifie pas le néant : « *Quod nullum est confirmari nequit* (2) ». La renonciation doit être refaite en la forme légale. Cette ratification pourrait cependant n'être pas sans efficacité, si elle réunissait toutes les conditions de validité requises par la loi pour la renonciation : on l'envisagerait alors comme une renonciation distincte, douée d'une vie propre et indépendante et n'ayant d'effet, même entre les parties contractantes, que du jour où elle a été dressée.

De même la prescription, qui n'est au fond qu'une ratification tacite, est impuissante à couvrir la nullité d'une telle renonciation.

4° Nulle comme acte authentique pour l'une des causes énumérées à l'article 1318 Civ., la

(1) Contra Dalmbert, n° 9, p. 358. — Dans notre sens, voy. Aubry et Rau, t. I, § 37, p. 119.

(2) Voy. par analogie, Laurent, op. et loc. cit.

renonciation ne pourra valoir entre les parties contractantes comme acte sous seing privé, au cas où elle remplirait les conditions de validité d'un acte sous signature privée ; sous cette forme, elle est inexistante (1).

82. — Mais il importe de ne pas oublier que cette nullité ne s'attaque qu'à la renonciation. L'acte qui renferme la renonciation contient-il un engagement personnel de la femme ? Nul pour partie, en ce qui concerne seulement la renonciation, il reste debout et entièrement valable pour le surplus. La femme, dûment autorisée, est libre de s'obliger dans la forme qu'il lui plaît de choisir. C'est ce qui arrivera toutes les fois que la femme aura stipulé dans un acte de vente sous seing privé comme covenderesse, garante ou caution. La renonciation tombera, mais l'obligation de garantie contractée par la femme ne peut perdre de sa force. C'est là, nous l'avons déjà vu, un résultat fatal, qui diminue singulièrement l'utilité que le législateur attendait de son innovation (2).

83. — A qui profitera la nullité de la renonciation pour cause d'inobservation de la règle de l'authenticité ? — A la femme seule, s'il s'agit d'une renonciation expresse.

En cas de renonciation tacite, l'hypothèque légale qui continue de frapper l'immeuble vendu, comme si aucune renonciation n'avait eu lieu, devient un « droit stérile » entre les mains de la femme puisqu'en vertu de son obligation de

(1) Voy. sur tous ces points Aubry et Rau, t. I, § 37, p. 119. — Baudry-Lacantinerie, t. II, 2^e édition, nos 1148 et suiv., p. 779.

(2) Mourlon, t. II, n^o 1010. — Dalmbert, op. et loc. cit. n^o 9 bis.

garantie qui subsiste, elle ne peut l'exercer contre le tiers acquéreur. En réalité, la nullité ne procure alors de sérieux avantages qu'aux créanciers hypothécaires postérieurs en rang à la femme ou aux cessionnaires de son hypothèque légale. Agissant en leur nom personnel, ils peuvent, sans être repoussés par l'exception de garantie, exercer contre l'acquéreur, les premiers leurs droits hypothécaires, les seconds ceux de leur cédante. Il est vrai que si la femme n'avait pas consenti de cessions de son hypothèque légale au profit de tiers, elle pourrait réclamer une collocation dans l'ordre ouvert à la suite de l'expropriation poursuivie par les créanciers hypothécaires. Mais elle doit garantie à l'acquéreur et celui-ci peut, ainsi que tout créancier chirographaire, produire en sous-ordre à l'effet de se faire attribuer l'allocation accordée à sa débitrice. Cette allocation sera alors répartie au marc le franc entre tous les créanciers de la femme opposante avant la clôture de l'ordre. Art. 775 Proc. civ. (1).

84. — La Jurisprudence reconnaît qu'un acte sous seing privé acquiert l'authenticité et produit tous les effets d'un acte notarié lorsque, du consentement des parties, il a été déposé dans l'étude d'un notaire et mis au rang de ses minutes. On accorde notamment à un acte sous signature privée, l'effet d'un acte notarié lorsqu'il a été reconnu devant notaire ou même lorsque le débiteur, en le déposant entre les mains du notaire, en a fait régulièrement constater le dépôt soit en présence, soit en l'absence du créancier.

(1) Dalmbert, n° 9^{bis}, p. 349.

Le dépôt effectué par le créancier seul ne validerait pas la constitution d'hypothèque, à moins qu'il ne l'eût opéré en vertu d'un mandat régulier conféré par le débiteur (1). Peut-on appliquer ces principes à la renonciation prévue par la loi nouvelle? Une renonciation consentie par acte sous seing privé, déposée ensuite chez un notaire qui en constate régulièrement le dépôt, soit par la femme seule, autorisée à cet effet, soit par le tiers acquéreur, muni d'une procuration authentique de la femme, soit par tous deux, deviendra-t-elle valable? Il semblerait, au premier abord, que l'identité des situations commandât des réponses identiques. Et, pourtant, il y a une sérieuse raison d'hésiter et une distinction nous paraît nécessaire. Un simple acte de dépôt est, pour nous, inefficace. En même temps qu'elle dépose l'acte de renonciation, la femme doit déclarer qu'elle persévère dans l'intention exposée dans l'acte déposé. Si elle ne renouvelle pas devant l'officier public la renonciation qu'elle a faite dans l'acte sous seing privé, et que cette pure formalité du dépôt suffise, quelle protection la femme peut-elle recevoir et que devient le vœu du législateur (2)?

85. — La règle de l'authenticité édictée par la loi du 13 février 1889 n'aura-t-elle pas, au point de vue des formes de l'acceptation de la communauté par la femme, et des effets de cette acceptation sur son hypothèque légale, des conséquences inté-

(1) Voy. Aubry et Rau, t. 3, § 266, p. 273.

(2) Mourlon, t. II, n° 1011. — Voy. par analogie Baudry-Lacantinerie, t. III, n° 1316. — *Contra* : Escorbiac, p. 139.

ressantes et qui, à notre connaissance du moins, n'ont pas encore été signalées? Lorsque la femme accepte la communauté, elle ratifie les actes faits par son mari relatifs aux biens communs; elle est censée avoir été représentée par son mari et ces actes lui sont opposables, comme si elle y avait figuré. Le mari a-t-il aliéné des conquêts de communauté; la femme acceptante devient garante et ne peut par suite évincer les tiers acquéreurs en usant contre eux de son hypothèque légale. Si cette opinion consacrée par la jurisprudence et admise par la très grande majorité des auteurs, est fondée, l'acceptation de la communauté constitue donc, à n'en pas douter, un véritable cas de renonciation tacite à l'hypothèque légale au profit d'un tiers acquéreur (1), et soumis par suite aux prescriptions du § 2 de la loi du 13 février 1889. Dès lors cette doctrine ne pourra plus être appliquée que sous certaines conditions et avec certaines réserves. Conformément au § 2 de la loi de 1889, qui est très général et n'admet aucune exception, l'acceptation de la communauté, pour produire les effets d'une renonciation à l'hypothèque légale, devra être contenue dans un acte authentique. L'acceptation est une ratification du mandat que la femme était censée avoir donné au mari administrateur des biens

(1) En ce sens : Aubry et Rau, t. 3, § 264 ter, p. 227, texte et noté 31. — Ajouter aux auteurs et aux arrêts cités dans cet ouvrage : Colmet de Santerre. Cours analytique de code civil, t. 9, n° 81 bis-VIII. — Thézard, op. cit. n° 98. — Baudry-Lacantinerie, 1^{re} édit., n° 1227, p. 716. — Boulanger, Rad. hypothécaire, 1^{re} édit. n° 118. — Contrà : Pont, op. cit. t. I, n° 529. — Bertauld, op. cit. Appendice, n° 75, p. 392. — Baudry-Lacantinerie, t. III, 3^e édit., n° 1252, p. 742.

communs ; or la ratification, comme le mandat, comme la renonciation elle-même doit être authentique. Ne faut-il pas en tirer cette conclusion que dorénavant, malgré une acceptation faite par acte sous seing privé, la femme continuera d'être investie de son hypothèque légale ?

CHAPITRE III

De la Publicité.

86. — Les conditions que nous avons étudiées jusqu'ici — authenticité, circonstances qui seules peuvent faire naître une renonciation tacite — sont exigées pour la validité de la renonciation en elle-même. La renonciation qui remplit ces conditions est parfaite entre les parties contractantes, dès qu'elle a été dûment et librement consentie, et vis-à-vis du tiers acquéreur, la femme ne peut plus se prévaloir de son hypothèque légale, en tant qu'elle grève l'immeuble vendu. Mais au regard des *tiers*, cette renonciation est inefficace ; pour eux elle est réputée inexistante, tant qu'elle n'a pas été soumise à une formalité spéciale : la *transcription*. Jusque là, il est encore loisible à la femme de disposer de son hypothèque légale en faveur des *tiers*. Valable *inter partes*, la renonciation ne le devient *erga omnes* que par sa publicité.

87. — Il faut l'avouer : cette distinction capitale, qui sépare en deux catégories les conditions requises pour la validité de la renonciation, ne ressort en aucune façon du texte de la loi. « La renonciation » par la femme à son hypothèque légale, dit le § 1^{er} » de la loi du 13 février 1889, au profit de l'acquéreur d'immeubles grevés de cette hypothèque, en

» emporte l'extinction et vaut purge à partir, soit
» de la transcription de l'acte d'aliénation, si la
» renonciation y est contenue, soit de la mention
» faite en marge de la transcription de l'acte d'alié-
» nation, si la renonciation a été consentie par acte
» authentique distinct ». A la lecture de ce paragra-
phe, il semble que, même au regard de l'acquéreur,
la renonciation n'est valable et ne produit ses effets
que du jour de la transcription. Mais la pensée de
la loi est bien telle que nous venons de la dégager
au commencement de ce chapitre, et aucune incer-
titude ne peut naître à ce sujet. « En ordonnant, a
» dit le Rapporteur au Sénat, la transcription de
» l'acte d'aliénation qui contient la renonciation, si
» elle a été consentie par acte distinct, on organise
» une publicité qui met les tiers à l'abri de toute
» surprise » (1). D'ailleurs, on l'a fait observer avec
beaucoup de raison : « La transcription n'a jamais
» été considérée, dans le droit moderne, comme un
» élément soit essentiel, soit même secondaire de la
» formation d'un contrat quelconque. L'aliénation
» d'un immeuble, même non transcrite, ne laisse pas
» d'être valable entre les parties contractantes et
» leurs ayants-droit. La renonciation dont il s'agit
» dans la loi nouvelle sera régie par la même
» règle » (2).

88. — On n'a pas oublié que c'est cette question
de la publicité qui a été l'objet principal de la
présente loi, celle que ses auteurs avaient eue
d'abord uniquement en vue. Nous ne reviendrons
pas sur la controverse que nous avons examinée

(1) Rapport de M. Merlin au Sénat.

(2) Escorbiac, p. 127.

en détail et appréciée à propos des origines de la loi du 13 février 1889. Depuis l'arrêt de la Cour de Lyon de 1863, une jurisprudence mal assise, incertaine et diversement interprétée, forçait les tiers acquéreurs qui désiraient avoir une entière sécurité, soit d'inscrire l'hypothèque légale et de la renouveler en temps utile, soit de procéder à la purge de l'immeuble.

89. — La loi nouvelle a supprimé cette double nécessité. Désormais, nul besoin pour l'acquéreur de recourir à l'inscription ou aux formalités de la purge légale : la renonciation emporte extinction de l'hypothèque légale et *vaut purge*. A ce point de vue, on est revenu à la pratique suivie avant la loi du 23 mars 1855 et que, selon nous, l'article 9 de cette loi n'avait pas modifiée en ce qui concernait les renonciations extinctives. Cette pratique, éminemment favorable à l'acquéreur, présentait de réels inconvénients pour les tiers : la renonciation emportait extinction de l'hypothèque légale, non seulement au regard de l'acquéreur, mais encore au regard des tiers, par la seule force de la convention. La femme, après avoir renoncé à son hypothèque légale au profit de l'acquéreur, pouvait céder ultérieurement à un tiers cette même hypothèque qui n'existait pas ; et ce tiers, sous un régime qui n'exigeait pas la publicité des actes translatifs de la propriété immobilière, n'avait aucun moyen de constater le caractère illusoire de la garantie qu'on lui offrait. Sous l'empire de la loi de 1855 ces inconvénients, pour être notablement amoindris, n'en existaient pas moins. Sans doute, lorsque la renonciation était contenue dans

l'acte d'aliénation, la transcription était suffisante pour avertir les tiers vigilants. Devant l'offre de la femme de leur céder son hypothèque légale, ils avaient à consulter non seulement le registre des inscriptions mais encore celui des transcriptions qui renferme tout ce qui peut affecter la propriété d'une manière définitive. Mais cette vérification devenait impossible dans le cas où la renonciation à l'hypothèque légale avait eu lieu par acte séparé : nul n'était averti. Il y avait eu là un oubli dans la loi de 1855, oubli qu'il fallait réparer.

90. — Ça été l'œuvre de la loi du 13 février 1889. Dans l'hypothèse de la renonciation par la femme à son hypothèque légale au profit d'un tiers acquéreur, elle exige une publicité spéciale, destinée à porter la renonciation à la connaissance des tiers. A défaut de cette publicité, la renonciation est non avenue à leur égard. Les créanciers de la femme, à qui elle proposera de subroger à son hypothèque, s'ils se laissent tromper, ne pourront s'en prendre qu'à eux-mêmes, à leur négligence et à leur imprudence. Le système de la loi les prémunit suffisamment contre toutes les fraudes possibles.

On ne peut qu'applaudir à cette réforme réclamée depuis si longtemps au nom du bon sens, de la simple logique et du crédit public. Le législateur de 1889 s'est approprié ce que le régime ancien avait de favorable pour l'acquéreur en rejetant ce qu'il avait de dangereux pour les tiers.

91. — *En quoi consiste cette publicité.* — Nous avons vu par quels moyens la jurispru-

dence avait voulu arbitrairement combler la lacune de la loi du 23 Mars 1855 au sujet des renonciations extinctives. Le législateur de la loi nouvelle les a répudiés. Les formalités de la purge sont longues, dispendieuses et ne procurent qu'une publicité vague et dérisoire ; l'inscription, elle aussi, est un moyen trop coûteux et peu pratique. On a choisi la *transcription*. De cette façon, tous les intérêts sont sauvegardés : ceux de l'acquéreur, la transcription étant pour lui le procédé le plus simple et le plus économique ; ceux des tiers, la publicité qui en résulte étant de beaucoup suffisante. Pour savoir si une renonciation a déjà été effectuée, ils n'auront qu'un seul registre à consulter, celui des transcriptions.

92. — Le paragraphe premier prévoit deux hypothèses : ou la renonciation a lieu dans l'acte d'aliénation, ou elle s'est produite par un acte distinct.

La renonciation résulte-t-elle de l'acte d'aliénation : Il suffit que cet acte soit transcrit. Si cette règle a rallié tous les suffrages au sein des assemblées législatives, il est des points de détail sur lesquels on a proposé des modifications ou des additions, propositions qui n'étaient en quelque sorte que la reproduction et l'écho de la théorie qu'on avait surnommée, sous la loi de 1855, la *lecture inattentive*. Il se peut faire que l'acte de vente soit très compliqué, qu'il contienne des clauses multiples et enchevêtrées. Il sera alors quelquefois très difficile d'aller démêler, au milieu de toutes les autres, la clause

de renonciation et la transcription peut, dans ce cas, ne pas assurer une bonne publicité ! Le premier moyen, indiqué pour isoler la clause indicatrice de la renonciation, était calqué sur l'art. 2108 Civ. Cet article oblige le conservateur des hypothèques, sous sa responsabilité personnelle, de faire *d'office* l'inscription sur un registre du privilège du vendeur après la transcription de l'acte de vente. Par analogie, le conservateur des hypothèques, une fois l'acte de vente transcrit, aurait été tenu de porter sur le registre des inscriptions, celle de l'hypothèque légale de la femme, en mentionnant en marge de cette inscription la main levée de l'hypothèque, c'est-à-dire la renonciation de la femme (1). — On proposait aussi, afin de mettre en vedette la renonciation, d'obliger l'acheteur à faire mentionner spécialement en marge de la transcription la clause de renonciation (2). Ni l'une, ni l'autre de ces propositions ne furent prises en considération.

93. — Si la renonciation est faite postérieurement à l'acte d'aliénation et par acte séparé, la loi prescrit de mentionner la renonciation en marge de la transcription préexistante.

Quelques membres au Sénat ont fait observer que dans cette hypothèse, il eût été plus conforme aux principes d'inscrire la renonciation sur le registre des inscriptions. Lorsque la renonciation intervient après l'aliénation, en effet, l'aliénation n'a pas atteint l'hypothèque légale de la femme ;

(1) Observation de M. Cazot au Sénat, séance du 6 février 1888. Déb. parlement., p. 110. — Cpr. Mourlon, t. II, nos 1027 et 1107.

(2) En ce sens : M. Griffe au Sénat, séance du 6 février 1888.

la femme en est restée nantie jusqu'à la renonciation. Cette renonciation constitue alors une véritable mainlevée et à ce titre elle ne peut figurer que sur le registre des inscriptions (1). — L'observation ne manquait pas de justesse : en théorie pure, comme on l'a dit au Sénat, la publicité par la voie de l'inscription était le seul procédé correct, car le registre des inscriptions est le registre général de la publicité hypothécaire à l'égard des créanciers hypothécaires. Malgré cela, le système de l'inscription a été repoussé : on a reculé devant ses inconvénients pratiques. Choisir le registre des inscriptions, c'était obliger l'acheteur à faire inscrire l'hypothèque et immédiatement la faire rayer, c'est-à-dire faire naître un droit pour l'éteindre aussitôt après : complication inutile et singulière. C'était apporter le trouble dans le service hypothécaire, augmenter pour les conservateurs les difficultés des recherches, la possibilité des erreurs et des omissions ; le tout au détriment des intéressés et des conservateurs eux-mêmes. Au point de vue des frais le procédé de l'inscription était en outre infiniment plus cher pour l'acquéreur. D'ailleurs il s'agit uniquement de purger le droit de suite, en d'autres termes de consolider la propriété aux mains de l'acheteur, n'est-il pas alors tout naturel de porter en marge de la transcription la mention de cette renonciation, qui doit ajouter encore aux effets de la transcription de l'acte d'aliénation (2). Au

(1) Observations de MM. Clément et Cazot, Journ. off. Sénat, séance du 6 févr. 1888. — Déb. parlem., p. 110 et suiv.

(2) Discours de M. Boulanger au Sénat, séance du 6 fév. 1888.

surplus, laissant de côté ces considérations d'ordre si divers et se plaçant, cette fois, sur le terrain de la théorie, est-on en droit d'affirmer que les principes exigent l'usage du registre des inscriptions ? Et pour justifier à cet égard le rejet de l'inscription, ne peut-on pas plutôt avancer cette idée, déjà émise d'ailleurs : qu'on conçoit difficilement que la loi prescrive à un acquéreur de faire apparaître une hypothèque qui n'existe plus, d'inscrire une hypothèque éteinte (1).

94. — Quant à la solution donnée par la loi, au cas plus général où l'acte d'aliénation renferme la renonciation de la femme à son hypothèque légale, elle est, de tous points, en harmonie avec les principes. Décider que la transcription doit rendre le droit de l'acquéreur opposable aux cessionnaires ultérieurs de l'hypothèque légale, c'est là une théorie essentiellement juridique, ayant sa base dans les principes établis par la loi du 23 mars 1855. « L'acheteur d'un immeuble » grevé de l'hypothèque légale est, en effet, dit » M. Bufnoir, un *tiers* autorisé par le texte même » de l'art. 9 à méconnaître toute cession de cette » hypothèque, non publiée avant la transcription » de son titre d'acquisition (2) ». Cette idée, entrevue par Mourlon (3), mise en pleine lumière pour la première fois par M. Bufnoir, avait déjà servi d'argument contre le système de l'extension de l'article 9 aux renonciations extinctives au profit de l'acquéreur et la Cour de Dijon l'avait adoptée (4).

(1) Labbé, Rev. Crit. 1881, p. 340.

(2) Bufnoir, sous Cass. 22 nov. 1880. Sir. 81. 1. 473.

(3) Mourlon, n° 1101, 6° p. 734-735.

(4) Dijon, 6 fév. 1889. Sir. 89. 2, 79.

« Pour l'acquéreur, continue M. Bufnoir, toute
» inscription de l'hypothèque légale au profit d'un
» tiers subrogé survenue depuis la transcription
» de son titre est inopérante et dépourvue de
» toute efficacité (1) ». Et M. Didier, développant
sous une autre forme l'argumentation si serrée
du savant professeur, s'exprime ainsi : « Il y a
» une chose que vous ne me contesterez pas, dira
» l'acquéreur aux subrogés qui le poursuivent,
» c'est ma qualité de propriétaire. Je suis proprié-
» taire, j'ai fait transcrire mon titre, et à ce
» moment il n'y avait pas d'inscription d'hypo-
» thèque inscrite sur l'immeuble ; je suis protégé
» par l'article 6 de la loi de 1855. Si vous m'ob-
» jectez que cet article ne renvoie pas à l'article
» 2121 du Code civil, je vous demande en quelle
» qualité vous agissez. Est-ce en votre propre
» nom, en vertu de l'article 9 de la loi du 23 mars
» 1855 ? Je vous réponds que je suis un *tiers* et
» que vous ne pouviez être saisi vis-à-vis de moi
» que par l'inscription dont parle ce texte ; entre
» vos mains, l'hypothèque légale n'est plus dis-
» pensée d'inscription ; or, votre inscription est
» postérieure à ma transcription, je ne vous
» connais pas. Si vous prétendez agir *au nom de*
» *la femme*, son droit est la mesure du vôtre ; or,
» elle a renoncé à son hypothèque. (2) » — Main-
tenant, est-ce à dire que les auteurs de la loi du
13 février 1889 ont songé précisément à cette
théorie juridique tirée de la loi même du 23 mars

(1) Bufnoir, op. et loc. cit.

(2) Didier, op. cit. n° 15 juillet 1889. — Voy. cependant Tissier, op. cit. n° 5, p. 634 et 635 ; Mérignhac, n° 46.

1855 et voulu l'appliquer dans le paragraphe premier? Devant le silence des travaux préparatoires il serait peut-être téméraire de l'affirmer.

95. — La loi n'a accordé à l'acquéreur aucun délai de grâce pour rendre publique la renonciation. Il devra donc se hâter de procéder à ces formalités qui, seules, doivent rendre la renonciation efficace vis-à-vis des tiers. Jusqu'au jour de la transcription, la renonciation est présumée inexistante à leur égard. Il y a là un danger pour l'acquéreur et une source de fraudes possibles de la part de la femme. Dans l'intervalle qui s'écoulera nécessairement entre la date de la renonciation et la transcription, la femme conserve vis-à-vis des tiers l'intégralité de ses droits hypothécaires; elle peut valablement les leur céder. Si les cessionnaires font inscrire la cession avant la transcription, cette cession est définitive vis-à-vis de l'acquéreur qui devra s'incliner et ne pourra se prévaloir de sa renonciation. De telle sorte que, si, lors de la vente, le prix a été payé comptant, l'acquéreur sera exposé à payer deux fois, sauf son recours contre la femme. Si le prix n'a pas encore été payé, il pourra l'offrir au cessionnaire qui sera libre ou d'accepter ces offres ou d'évincer l'acquéreur en exerçant son droit de surenchère, si les offres ne lui paraissent pas suffisantes pour le remboursement de sa créance (1). Néanmoins nous n'aurions pas souhaité voir le législateur fixer un délai de ce genre. Assurément l'acquéreur aurait été à l'abri de la mauvaise foi de la femme, mais par contre, la fixation d'un délai aurait

(1) Escorbiac, p.p. 117 et 130.

rendu possibles des fraudes de la femme à l'encontre des tiers dont les intérêts méritent aussi d'être sauvegardés. Que la femme, après avoir cédé son hypothèque, renonce aussitôt après au profit d'un acquéreur d'un immeuble du mari, les premiers cessionnaires pourront ne pas avoir eu le temps nécessaire pour procéder aux formalités ; pourquoi les empêcher de faire inscrire l'hypothèque légale avant que la transcription de la renonciation ou sa mention en marge n'aient rendu la renonciation définitive vis-à-vis d'eux. On n'a aucune négligence à leur reprocher et tout retard qu'on leur imposerait pourrait leur causer un préjudice considérable (1).

96. — Quelles sont les personnes qui peuvent opposer le défaut de publicité ? — La loi du 13 février 1889 ne s'en est pas préoccupée : « La renonciation emporte extinction à partir » du jour de la transcription ou de la mention » faite en marge de la transcription » ; nulle limitation, nulle restriction. En présence d'un texte aussi général et aussi vague, est-il permis de préciser et de se demander quels sont les tiers vis-à-vis desquels la publicité est exigée ? Sont-ce les mêmes que ceux visés par le § 1 de l'article 9 de la loi de 1855, et peut-on reproduire ici la définition de Mourlon : « Par » *tiers*, la loi entend, puisqu'elle ne distingue » point, tous ceux qui n'ont pas été *parties* au » contrat de cession et auxquels il pourrait » faire préjudice, s'ils le devaient subir quoique

(1) De l'Epine, Rev. not. art. 8348, p. 701.

» occulte » (1). Autrement dit, suffit-il d'un intérêt pour exciper de l'absence de publicité ?

Le projet des notaires de 1881 portait que le concours de la femme à l'acte d'aliénation emporte extinction *erga omnes* à partir de la transcription. Les rédactions adoptées par le gouvernement et par la Commission de la Chambre des députés étaient plus restrictives (2). On y parlait seulement des « créanciers subrogés par la femme dans ses droits hypothécaires ». A eux seuls la transcription était opposable. Ce passage a été supprimé. Faut-il voir dans la suppression de ce passage un retour au projet des notaires ? Quel a été le but de ce changement. ? Il serait difficile de le dire. La question ne manque pas d'importance. Si l'on admet que tout intéressé pourra se prévaloir de l'inexécution de la loi, rentreront sous cette dénomination : 1° les personnes devenues cessionnaires de l'hypothèque légale de la femme sur l'immeuble vendu, postérieurement à la renonciation : aucune difficulté en ce qui les concerne ; 2° les créanciers hypothécaires inscrits sur l'immeuble du chef du mari, antérieurement à la renonciation, mais postérieurs en rang à la femme. Comme dans cette hypothèse, la renonciation pour la femme a pour effet de subroger l'acquéreur dans tous ses droits, c'est-à-dire de permettre à ce dernier de leur opposer le droit de préférence de la femme elle-même, l'intérêt de ces créanciers

(1) Mourlon, t. II, n° 1102.

(2) Journ. off., 7 déc. 1881, Annexes de la Chambre des Députés.

ressort avec évidence. Dans le système contraire, conforme à la rédaction primitivement adoptée par le gouvernement et la Chambre des députés, cette dernière catégorie de créanciers n'aurait pu se prévaloir du défaut de transcription, puisque la publicité n'était exigée qu'entre subrogés dans les droits hypothécaires de la femme. Pour nous, il serait arbitraire de créer des distinctions là où la loi ne distingue pas ; comme le texte ne pose aucune limitation, la définition de Mourlon est toujours vraie : tout intéressé, étranger à la renonciation, peut opposer le défaut de publicité.

97. — Cependant, il faut signaler une exception à cette règle, en ce qui concerne les créanciers chirographaires de la femme. Il va de soi que la femme renonçante ne peut opposer le défaut de transcription. Dès lors les créanciers chirographaires de la femme, quoique intéressés à voir tomber la renonciation pour venir au marc le franc sur la collocation de leur débitrice, ne sauraient avoir plus de droits que la femme : c'est un principe de droit commun que les actes valables au regard du débiteur qui les a posés, le sont également au regard de ses créanciers chirographaires (1). La question cependant est controversée mais au sujet de la *subrogation* à l'hypothèque légale. Certains auteurs, M. Lyon-Caen notamment, prétendent que le mot « *tiers* » de l'article 9 de la loi du 23 mars 1855 comprend même les créanciers chirographaires de la subrogeante et que ces derniers, par argument de

(1) En ce sens : Mourlon, op. cit. t. II, n° 1103. — Bertauld, n° 95.

l'article 2134, qui forme le droit commun en matière d'inscription hypothécaire, peuvent se prévaloir du défaut de publicité (1). Quoiqu'il en soit au point de vue de la subrogation, la règle de l'article 2134 qui déroge au principe général que les créanciers chirographaires n'ont pas plus de droits que leur débiteur, ne peut recevoir aucune application dans l'hypothèse de la *renonciation* au profit d'un tiers acquéreur. Cette renonciation est devenue une matière toute spéciale régie par des dispositions particulières. Les situations, celle visée par l'article 2134 et celle qui se présente en cas de renonciation, ne sont point assimilables : en cas de renonciation, il n'existe pas de conflit entre créanciers, mais entre créanciers et un tiers détenteur ; il ne s'agit pas d'inscription, mais de transcription, et comme l'article 2134 est en soi une disposition exceptionnelle, il ne sied pas de l'étendre à des hypothèses qu'il ne prévoit pas.

(1) Lyon-Caen, en note, sous Caen., 48 déc. 1878. Sir. 79. 2. 297.

DEUXIÈME PARTIE

Effets de la renonciation

CHAPITRE PREMIER

Notions générales.

98. — Tout droit d'hypothèque s'analyse en deux droits parfaitement distincts et qui, bien qu'étant intimement liés l'un à l'autre, sont cependant susceptibles d'avoir chacun une vie propre et indépendante : le *droit de suite* et le *droit de préférence*. Celui-ci porte sur le prix de l'immeuble grevé ; celui-là est attaché à l'immeuble même. Le droit de préférence, qui est véritablement de l'essence de l'hypothèque, donne aux créanciers le droit de se faire payer sur le prix provenant de l'aliénation avant les créanciers chirographaires et les créanciers hypothécaires postérieurs en rang. Le droit de suite n'est que l'auxiliaire du droit de préférence, le moyen de le mettre en œuvre : c'est le droit de poursuivre l'immeuble entre les mains de tout tiers détenteur pour le faire vendre et se faire payer sur le prix. Comme

toute autre, l'hypothèque légale de la femme jouit de cette double prérogative.

99. — C'est le principe de la séparation de ces deux droits : le droit de suite et le droit de préférence, que la loi du 13 février 1889 a appliqué, en envisageant les effets de la renonciation au profit du tiers acquéreur, et qu'elle a poussé jusqu'à ses dernières limites.

D'après la loi nouvelle, la renonciation à l'hypothèque légale de la femme au profit du tiers acquéreur est purement extinctive du droit de suite. Le droit de préférence reste entier au profit de la femme. Les paragraphes 1 et 4 de la loi du 13 février 1889 ne laissent aucun doute à cet égard : « La renonciation par la femme à son » hypothèque légale, dit le § 1, au profit de » l'acquéreur d'immeubles grevés de cette hypothèque, *en emporte extinction et vaut purge*; » et le § 4 s'exprime ainsi : « Toutefois la femme » conserve son droit de préférence sur le prix ». Tel est l'effet ordinaire et normal de la renonciation. Ainsi lorsque la femme déclare purement et simplement « *renoncer à son hypothèque légale au profit de l'acquéreur* », malgré la généralité de ces termes, cette renonciation ne s'entend que du droit de suite. Les effets de la renonciation sont tout aussi limités en cas de renonciation tacite, lorsque, par exemple, la femme concourt à l'acte en qualité de covenderesse.

100. — Rien de plus naturel et de plus raisonnable que cette présomption de la loi. Elle est conforme à l'intention probable des parties qui ont dû vouloir, que la renonciation produisit tous les

effets, mais seulement les effets nécessaires à la sécurité de l'acquéreur. Or, ce qui importe à l'acquéreur, c'est de ne pas pouvoir être évincé par l'exercice du droit de suite. Il n'a pas d'intérêt à ce que la femme ou ses ayants-droit perdent en outre leur droit de préférence sur le prix. Quant à la femme, elle, au contraire, a intérêt à se le réserver et on suppose qu'elle l'a fait. Toute renonciation doit toujours être interprétée dans le sens le plus favorable au renonçant : *Renuntiatio est strictissimae interpretationis*.

101. — Mais ce maintien du droit de préférence n'est qu'une simple présomption de la loi, une présomption *juris tantum*, qui tombe devant la preuve contraire, une règle interprétative de la volonté des parties, à laquelle elles peuvent déroger. C'est ainsi que la renonciation de la femme au profit d'un acquéreur à titre gratuit emporte extinction et de son droit de suite et de son droit de préférence. Comment la femme prétendrait-elle conserver son droit de préférence lorsque l'aliénation a été faite sans prix. De même, lorsque la renonciation a eu lieu en faveur d'un co-échangiste : ici encore il n'existe pas de prix sur lequel le droit de préférence puisse se maintenir. Mais il ne faut pas oublier que, dans ce cas, la femme acquiert une hypothèque légale sur l'immeuble reçu en contre-échange par le mari (1). C'est ainsi, également, que le consentement de la femme au paiement du prix, lorsque le prix est payé comptant, fait produire à la renonciation son effet absolu et intégral et entraîne l'extinction du droit de suite et du droit

(1) Mourlon, t. II, n° 961. — Mèrignhac, op. cit. n° 142.

de préférence. A *fortiori* faut-il adopter la même solution, quoique la convention soit muette à cet égard, lorsque, le prix ou une partie du prix ayant été payée du consentement de la femme, l'immeuble est grevé d'hypothèques postérieures en rang à celle de la femme : l'acquéreur ne serait pas en sécurité, si la femme ne renonçait pas à son droit de préférence en sa faveur ; il a, dans cette hypothèse, le plus sérieux intérêt à se voir subrogé à l'hypothèque légale jusqu'à concurrence du prix d'acquisition ou de la portion du prix qu'il a payé du consentement de la femme. (§ 4 L. du 13 février 1889.)

102. — Rien, d'ailleurs, ne défend à la femme de renoncer, par une déclaration formelle, à la fois et immédiatement, à son droit de suite et à son droit de préférence. Quel serait l'effet d'une telle déclaration dans le cas où l'immeuble serait libre de toute hypothèque du chef du mari ? Une pareille renonciation équivaldrait, selon nous, à un consentement de la part de la femme au paiement du prix entre les mains du mari, consentement qui peut être tacite aussi bien qu'exprès ; or, aucun principe ne s'oppose à ce que la femme donne ce consentement au moment de la renonciation, et par anticipation en quelque sorte. (§ 4. L. 13 février 1889). Décider autrement ce serait, dans cette hypothèse, mettre à néant l'objet de la renonciation au droit de préférence, ce qui serait contraire à cette règle de droit et de bon sens qu'on doit interpréter les conventions dans le sens avec lequel elles peuvent avoir un effet

plutôt que dans le sens avec lequel elles n'en auraient aucun (1).

103. — Dans cette deuxième partie, consacrée aux effets de la renonciation, nous suivrons le plan adopté à ce sujet par le législateur, et comme lui, nous envisagerons les effets de la renonciation séparément : 1° au point de vue du droit de suite ; — 2° au point de vue du droit de préférence.

104. — Mais auparavant il n'est peut-être pas sans intérêt de faire remarquer que les effets d'une renonciation, valable à tous égards, pourront, malgré cela, ne pas se réaliser. La renonciation a une existence précaire et aléatoire, comme l'hypothèque légale qu'elle a pour objet. Ses effets sont subordonnés à cette condition essentielle que la femme ait une créance contre son mari, à laquelle puisse s'attacher son hypothèque légale. Or c'est là un fait accidentel et variable. Si après la dissolution du mariage ou la séparation de biens prononcée, la liquidation laisse la femme créancière de son mari, la femme pourra faire valoir son hypothèque qui garantit cette créance. La renonciation ne sera pas alors sans utilité. Mais la liquidation est-elle complètement négative pour la femme ; en d'autres termes s'il est constaté que la femme est débitrice du mari, au lieu d'être créancière ou qu'elle n'a aucune reprise à exercer contre son mari, l'hypothèque disparaît et avec elle la renonciation. Dans cette hypothèse, la femme a renoncé à un droit qu'elle n'avait pas, mais qu'elle aurait pu avoir, à un droit éventuel (2).

(1) Art. 1157, civ.

(2) Baudry Lacantinerie, t. 3, n° 1236, p. 728. — Escorbiac, p. 157.

Il en est de même lorsque la femme est mariée sous le régime de communauté, avec faculté de reprendre ses apports, mais en cas de renonciation seulement. Accepte-t-elle la communauté : elle n'a plus de reprises ni de répétitions à exercer contre son mari.

Si les héritiers de la femme sont en même temps les héritiers du mari et qu'après avoir accepté la succession de la femme, ils acceptent aussi purement et simplement celle du mari, ou réciproquement, la réunion en leur personne des qualités de créanciers et de débiteurs des droits et reprises de la femme opère une confusion qui entraîne l'extinction de la créance en reprises de la femme et par voie de conséquence celle de l'hypothèque de la femme. Ici encore la renonciation n'aura pas produit son effet utile (1).

(1) Sur tous ces points, Aubry et Rau, t. 3, p. 288 bis, p. 471.

CHAPITRE II

Extinction du Droit de Suite

105. — Par la renonciation, le droit de suite est éteint, et lui seul. Aussi le paragraphe premier de la loi du 13 février 1889 s'exprime-t-il inexactement, en disant que la renonciation *à l'hypothèque légale* **EN** *emporte l'extinction*. C'est trop compréhensif. Il n'y a que le droit de suite qui soit atteint. Le droit de préférence subsiste. Le texte se corrige d'ailleurs aussitôt et traduit véritablement la pensée du législateur, telle qu'elle ressort nettement des travaux préparatoires, en ajoutant que la renonciation *vaut purge*. Ces mots caractérisent d'une façon juste les effets de la renonciation. Ils sont identiques à ceux de la purge légale dont la renonciation a pour but de remplacer les formalités multiples et onéreuses. Par suite, l'acquéreur n'est plus tenu, pour débarrasser l'immeuble de l'hypothèque légale, après avoir fait transcrire son prix d'acquisition, d'en déposer une copie dûment collationnée au greffe du Tribunal de la situation de l'immeuble, de notifier à la femme et au procureur de la République l'acte de dépôt dressé par le greffier, de maintenir affiché pendant

deux mois dans l'auditoire du tribunal, l'extrait de l'acte d'acquisition; la femme en renonçant en a dispensé l'acquéreur (1). Au point de vue du droit de suite, la situation de la femme et de l'acquéreur est semblable à celle prévue par l'article 2195 al. 1 lorsque la femme a laissé expirer le délai de deux mois sans inscrire son hypothèque légale ou qu'aucune inscription n'a été prise en son nom : dans les deux hypothèses, le droit de suite est définitivement *éteint*. C'était déjà la doctrine enseignée par Mourlon : « Lorsque la renonciation a lieu au profit d'un tiers acquéreur, la renonciation simplement *abdlicative* a principalement pour objet de libérer de l'hypothèque légale qui les grève, les biens passés dans son domaine, et par suite, de l'exonérer de l'obligation de purger. Sa condition est, par conséquent, analogue à celle que lui aurait faite la purge accomplie, à supposer que la femme avec laquelle il est en rapport eût laissé passer, sans s'inscrire, les deux mois dans lesquels elle est tenue d'agir. Ainsi il n'a plus rien à craindre d'elle : l'action hypothécaire par laquelle elle aurait pu l'atteindre, étant éteinte, elle ne peut ni l'actionner en délaissement, ni former contre lui aucune surenchère La renonçante n'a perdu que le droit de suite; son droit de préférence reste entier (2). »

106. — On a contesté pourtant le caractère

(1) Escorbiac, p. 128.

(2) Mourlon, de la Tr. t. II, n^{os} 955 et 960. — Voir aussi Pont, n^o 485, p. 528, et 1^{re} édit., n^o 486, p. 483.

extinctif attaché par la loi du 13 février 1889 à la disparition du droit de suite. « D'après cette loi, » dit M. Dalmbert, la renonciation au profit de » l'acquéreur a pour effet, *non d'éteindre le droit* » *de suite*, mais de détacher l'hypothèque légale de » l'immeuble qu'elle affranchit et de *la reporter sur* » *le prix* qui, par une *fiction légale*, devient, au » respect de la femme, la représentation de l'im- » meuble ». Par la renonciation, l'hypothèque légale » *serait convertie* en un droit sur le prix » (1). En d'autres termes, nous serions ici en présence d'une de ces hypothèses où le droit de suite ne se trouve pas éteint en réalité, mais simplement *transformé* en un droit sur le prix (2).

107. — Cette opinion est inadmissible. A eux seuls, les termes des §§ 1 et 4 montrent avec évidence que telle n'a jamais été la théorie de la loi du 13 février 1889, la fiction qu'elle a voulu consacrer. Les expressions « *en emporte extinction* » *et vaut purge* » sont déjà suffisamment explicites à ce point de vue, et le début du paragraphe 4 ne peut plus laisser aucun doute : « *Toutefois* la femme » *conserve son* droit de préférence sur le prix ». Or on ne conserve que ce qu'on a déjà et n'est-ce pas dire alors, de la façon la plus formelle, que la femme continue de jouir d'un droit qu'elle avait auparavant, et que ce droit, par suite, n'est ni le

(1) Dalmbert, n° 12, p. 254. — L'opinion de M. Dalmbert est jusqu'ici isolée, à notre connaissance du moins. Dans le sens adopté au texte, voy. notamment Didier, n° 15-16 juillet 1889. — Tissier, n° 16, p. 629 et 645. — Baudry-Lacantinerie, n° 1241, p. 734 et n° 1489, p. 866.

r. Aubry et Rau, t. 3 § 283, p. 405.

résultat d'une métamorphose, ni le produit d'une transformation, opérée par la renonciation.

Le législateur n'a eu recours à aucune fiction. Il a envisagé le droit hypothécaire de la femme comme formé de deux éléments, inséparables lorsque l'hypothèque n'a subi aucune réaction, mais susceptibles d'être dissociés. Dans la renonciation il anéantit l'un, le droit de suite, au profit du tiers acquéreur et il garde l'autre le droit de préférence, au profit de la femme. C'est bien ainsi d'ailleurs que jusqu'à l'heure actuelle, la doctrine et la jurisprudence, avant comme après la loi du 23 mars 1855, avaient envisagé les effets de la renonciation (1).

107 bis. — Quant aux travaux préparatoires, M. Dalmbert est vraiment mal inspiré lorsqu'il les invoque en faveur de son opinion. Les passages y abondent qui la condamnent. Voici notamment comment s'exprimait le rapporteur au Sénat, à propos du § 4 de la loi : « Vous savez que » l'hypothèque donne un *double droit* : le droit de » suite et le droit de préférence. Le droit de suite, » la femme l'*abandonne* incontestablement au » profit de l'acquéreur envers lequel elle s'est » obligée ; mais elle *conserve* et elle doit con- » server, malgré la purge qui résulte de la » renonciation, le droit de préférence sur le » prix » (2). Ce principe de l'*extinction* du droit de suite et de la survivance du droit de préférence n'a jamais été mis en discussion au Sénat ou à la Chambre des Députés. En ce qui concerne ce double effet de la renonciation ; extinction du

(1) Voy. sur ce point rapport de M. Merlin au Sénat.

(2) Journ. off. Sénat, séance du 6 février 1888.

droit de suite et survie du droit de préférence, le législateur de 1889 a voulu assimiler la situation de la femme renonçante à celle qui se produit lorsqu'il n'a pas été pris d'inscription dans le délai fixé par l'article 2194 Civ. (Art. 2195, al. 1, Civ.). Les explications fournies par le rapporteur et le renvoi fait tout d'abord aux articles 717 et 772 Pr. Civ. en témoignent de la façon la plus nette. Le législateur a-t-il abandonné cette manière d'entendre la renonciation, cette vue théorique, en supprimant ce renvoi ? A-t-il eu l'intention d'entamer le principe sur lequel l'accord était unanime, à savoir que la renonciation éteignait le droit de suite d'une part et laissait survivre le droit de préférence ? En aucune façon. Sans doute des modifications ont été introduites. Mais nous verrons plus tard, en disant les motifs qui les ont inspirés, que ces changements ont porté uniquement sur l'*étendue* du droit de préférence et les *conditions* dans lesquelles il pouvait être exercé. Quant à l'effet *extinctif* de la renonciation au point de vue du droit de suite et à la *nature* du droit de préférence, rien n'a été modifié aux idées primitivement adoptées. Qu'il nous suffise, pour le moment, de citer les paroles suivantes de M. Lacombe, lorsqu'il proposait la suppression du renvoi à l'article 772 et les modifications au § 4, suppressions et modifications qui ont été votées :

» Je partage sur le *fond*, disait-il en parlant de ce
» §, l'avis de la commission. Je crois, comme elle,
» que le droit de préférence qu'elle accorde à la

» femme doit survivre à l'extinction du droit de
» suite » (1).

M. Dalmbert ajoute à ce propos : « Le légis-
» lateur aurait dû supprimer les mots « en
» emporte l'extinction » en même temps qu'il l'a
» fait pour le renvoi aux articles 717 et 772,
» et s'il a laissé, dans la loi, les termes dont
» nous critiquons le maintien, c'est que, imbu
» de la doctrine erronée que le droit hypothé-
» caire se décomposait en deux droits distincts
» il a confondu les cas où le droit de suite
» est éteint en réalité, avec ceux où il se
» trouve comme dans notre espèce, simplement
» transformé en action sur le prix » (2). Ce
passage du savant magistrat ne renferme-t-il
pas l'aveu que son opinion n'est point exacte
en tant que compte-rendu de la loi du 13 février
1889. Car, à moins de nous abuser étrangement
sur le sens des mots, ce passage constitue une
critique de la loi du 13 février 1889 et non une
interprétation. Dès lors, si nous mettons en regard
cette critique que fait M. Dalmbert de la doc-
trine adoptée par le législateur, des explications
qui précèdent, où ce même auteur se borne
à commenter le texte de la loi, ne ressort-il pas
avec évidence de ce rapprochement que M. Dalm-
bert a en réalité substitué sa propre théorie et
ses idées personnelles à celles du législateur.

(1) Journal off., Sénat, séance du 6 fév. 1888. Déb. parlem., p. 122. — Voy. aussi le rapport de M. Merlin au Sénat, Journal off., 7 avril 1888. Annexes du Sénat, n° 37. Doc. parlem. p. 7. — Discours de M. Boulanger au Sénat, séance du 6 fév. 1888.

(2) Dalmbert, n° 12, p. 355.

108. — Cette extinction du droit de suite due à la renonciation se produira à l'égard des parties contractantes par la seule force de la convention. Vis-à-vis des tiers, la renonciation ne sera définitive qu'à partir de la transcription de l'acte d'aliénation ou de la mention faite en marge de la transcription si la renonciation a eu lieu par acte séparé. Ce sont là des points sur lesquels nous nous sommes déjà expliqués.

109. — La femme renonçante n'est donc plus maîtresse de disposer ni de son hypothèque légale ni de son droit de suite sur l'immeuble vendu. Une cession de son hypothèque légale sur l'immeuble vendu serait nulle comme ayant pour objet un droit anéanti et le tiers acquéreur pourrait demander et obtenir la mainlevée de l'inscription de l'hypothèque légale qui serait prise par un créancier subrogé postérieurement à la transcription de la vente ou à la mention en marge de la transcription préexistante. (Voyez *infra* n° 126). Mais si cette cession ou subrogation n'est pas opposable au nouveau propriétaire, ne pourrait-elle pas s'interpréter, d'après l'intention des parties, comme constituant une cession du droit de préférence de la femme sur le prix, car la femme n'en a pas été dépouillée. Ce serait en quelque sorte une cession tacite du droit de préférence, permise au même titre que la cession expresse (1).

110.— D'où cette conséquence qu'à l'avenir les conservateurs des hypothèques devront s'abstenir de faire porter, dans les états qu'ils délivrent,

(1) Dalmbert, n° 17, p. 358.

les inscriptions prises par les créanciers subrogés dans l'hypothèque légale de la femme sur des immeubles sortis du patrimoine du mari, lorsqu'il apparaîtra de la transcription de l'acte de vente ou de la mention mise en marge de cette transcription que la femme a renoncé à son hypothèque légale sur l'immeuble (1). Et il n'y a pas à distinguer à cet égard entre le cas où la femme a renoncé expressément ou a agi comme covenderesse, garante ou caution d'une part et celui où la purge peut *simplement* s'induire de la *présence* de la femme à l'acte d'aliénation. Dans ce dernier cas, a-t-on dit, le conservateur devra délivrer les inscriptions prises postérieurement à la vente parce que « l'appréciation d'un concours dans lequel la femme » *n'a pris aucune qualité* » est du domaine des tribunaux (2). C'est une difficulté purement imaginaire et il n'y a aucun doute que les conservateurs devront mentionner ces inscriptions dans leurs états. D'après la loi nouvelle (§ 3), la simple présence de la femme est impuissante à faire naître une renonciation et dans cette hypothèse les tribunaux eux-mêmes ne peuvent la présumer. Cela dépasse leur pouvoir d'appréciation.

111. — Si l'hypothèque légale de la femme est inscrite lors de la renonciation, le bénéficiaire de cette renonciation peut exiger la radiation de l'inscription et le conservateur ne peut se refuser à mentionner la renonciation en marge

(1) En ce sens : Journ. des Conserv. des Hyp., 1890. art. 4075, p. 255.

(2) Journal des Conserv. des Hyp., *ibid.*

de l'inscription. Mais, et c'est là une restriction importante, cette radiation n'aura pas une portée absolue; elle ne s'appliquera qu'au droit de suite. Le conservateur rayera complètement l'inscription de l'hypothèque légale, mais en mentionnant que la renonciation s'était bornée au droit de suite, à moins que la renonciation ne constate un désistement formel de la femme à son droit de préférence ou le paiement du prix avec le consentement de la femme (§ 4, L. 13 février 1889) (1).

Pour permettre au conservateur d'opérer cette radiation, la renonciation est suffisante et il ne nous semble pas qu'une mainlevée soit, en outre, nécessaire (2). Pourquoi cette nouvelle exigence? D'une part l'acte de renonciation ne renferme-t-il pas le consentement de la femme à la radiation de l'inscription de son hypothèque, en tant qu'elle porte sur le droit de suite, n'est-il pas une sorte de mainlevée; d'un autre côté, puisque de par la loi du 13 février 1889 l'acte de renonciation doit nécessairement revêtir la forme authentique, les prescriptions de l'article 2158 civ. requises en matière de radiation sont donc accomplies.

(1) Cpr. Boulanger, op. cit, n^{os} 112 et 115. — En ce sens : Journal des Conserv. des Hyp. 1890, art. 4075, p. 256.

(2) *Contra* : J. des Cons. des Hyp., loc. cit., p. 255.

CHAPITRE III

Survie du Droit de Préférence

SECTION I.

Nature et Durée du droit de préférence maintenu au profit de la femme.

112. — C'est dans le projet de la Commission du Sénat qu'il fut fait pour la première fois allusion à la survivance du droit de préférence sur le prix de l'immeuble. Ni les pétitions émanées des notaires, ni les différentes rédactions dues soit au gouvernement, soit à la Commission de la Chambre ne contenaient de dispositions à cet égard : on s'en était référé aux règles suivies jusqu'alors, laissant à la doctrine et aux tribunaux le soin de déduire des principes toutes les conséquences nécessitées par la pratique des affaires. La Commission du Sénat, en éveillant, par un texte formel, l'attention sur ce point qui n'était pas discuté, n'avait eu d'autre but que de faire un simple rappel aux principes contenus aux articles 717 et 772 *Proced. civ.* : « Toute-
» fois la femme, était-il écrit dans le projet de la
» Commission, conserve son droit de préférence
» sur le prix conformément aux dispositions des
» articles 717 et 772 du Code de Procédure civile ».

On assimilait la renonciation à la purge, il semblait logique d'assujettir la survie du droit de préférence en matière de renonciation aux prescriptions édictées en matière de purge.

113. — Ni avant la loi du 23 mars 1855, ni sous l'empire de cette loi, le principe même de la survie du droit de préférence au droit de suite n'avait été contesté. Dans l'hypothèse de la renonciation, au profit de l'acquéreur d'un immeuble du mari, la jurisprudence n'avait jamais varié : les motifs sur lesquels repose ce principe et que nous avons précédemment indiqués sont indiscutables. Elle pouvait même remonter jusqu'au droit romain qui, déjà, avait formulé la règle que la renonciation à l'hypothèque légale se limite à la personne au profit de laquelle elle est faite (L. 8. D. de Dist. pign. XX. 5 — L. 21 Cod. Sect. Vell. IV. 29) (1). Mais la question qui avait fait l'objet d'une controverse vive et prolongée était celle de savoir si, *après la purge légale des hypothèques non inscrites*, le droit de préférence de la femme devait survivre au droit de suite. Contrairement à seize arrêts de Cours d'appel (2), la Cour de cassation avait décidé que la purge de l'hypothèque légale de la femme avait le double effet de lui enlever et son droit de suite et son droit de préférence (3). C'était une décision difficile à concilier avec sa jurisprudence en matière de renonciation. La loi du 27 mai 1858, qui réor-

(1) Sur tous ces points voy. Boulanger, Rad. hyp. n° 113, p. 118. — Pont, n° 485, p. 528. Voy. aussi le rapport de M. Merlin au Sénat.

(2) Baudry-Lacantinerie, t. III, n° 1548, p. 898.

(3) Cass. Ch. réunies, 23 fév. 1852. D. P. 52, 1. 39.

ganisa la procédure d'ordre, trancha le débat en faveur de la survivance du droit de préférence. Il fut maintenu, mais à titre temporaire et à la condition d'être exercé dans un très court délai. D'après l'article 772, Pr. Civ. lorsque, l'aliénation n'ayant pas eu lieu sur expropriation forcée, l'acquéreur a rempli les formalités de la purge légale, la femme qui n'a pas pris inscription peut exercer son droit de préférence sur le prix, à la double condition que l'ordre s'ouvre dans les trois mois qui suivent l'expiration du délai de la purge et que la femme se présente à l'ordre dans les délais indiqués par l'art. 717. Voici les règles fixées par l'article 717 : l'ordre se règle judiciairement, la femme doit produire dans les délais impartis par l'article 754 Pr. civ. ; au cas où l'ordre se règle amiablement, elle doit faire valoir ses droits avant la clôture de l'ordre.

114. — C'est à ces deux articles que le Sénat s'était référé pour régler la survie du droit de préférence au droit de suite. La rédaction proposée par le Sénat n'a pas été maintenue ; on a écarté l'application des articles 717 et 772 Pr. Civ. et adopté la disposition suivante qui est le § 4 de la loi actuelle du 13 février 1889 : « *Toutefois la* » *femme conserve son droit de préférence sur le* » *prix, mais sans pouvoir répéter contre l'acqué-* » *reur le prix ou la partie du prix par lui payé* » *de son consentement, et sans préjudice du droit* » *des autres créanciers hypothécaires* ».

115 — Quelle est, au juste, la *nature* de ce droit de préférence dont parle le § 4, ci-dessus transcrit ? — Après les explications que nous avons

données à propos de « l'extinction du droit de suite » il est facile de pressentir quelle sera notre réponse. Ce droit de préférence est l'un des éléments du droit d'hypothèque de la femme. Ayant perdu le droit de suite, la femme conserve l'autre, le droit de préférence, que la loi, par interprétation de la volonté des parties, lui « réserve », qu'elle « maintient » à son profit. Ce n'est donc ni un droit nouveau, ni le droit de suite transformé (1).

Au point de vue de sa nature propre, considéré en lui-même, *in se*, ce droit est identique au droit de préférence accordé à la femme par les art. 717 et 772 Pr. Civ. lorsqu'une vente a eu lieu sur saisie et que la femme ne s'est pas inscrite avant la transcription du jugement d'adjudication ou lorsqu'à la suite d'une aliénation volontaire, l'acquéreur a notifié son contrat conformément à l'art. 2194 Civ. sans qu'il ait été pris d'inscription au nom de la femme dans le délai de deux mois (art. 2195 al. 1 Civ.). Dans l'une et dans l'autre hypothèse le droit de suite est *éteint* définitivement et le droit de préférence lui *survit*, au sens véritablement exact du mot (2).

Qu'on ne nous objecte point la suppression du

(1) Contrà: Dalmbert, nos 12 et 13, p. 354 et suiv.

(2) En ce sens: Baudry-Lacantinerie, t. III, nos 1484, 1485, 1489 p.p. 865 et suiv. — Contrà, Dalmbert, n° 12 et 13, p. 354 et suiv. Aussi M. Dalmbert, ne reconnaissant pas au droit maintenu à la femme par le § 4 de la loi du 13 fév. 1889, le caractère du droit de préférence, n'emploie jamais dans le cours de ses explications l'expression « droit de préférence sur le prix » mais celle « action sur le prix ». « Droit de préférence sur le prix » est pourtant bien le terme dont s'est servi le législateur. M. Dalmbert est logique avec lui-même, mais il est en contradiction avec la loi. — Tissier, n° 17.

renvoi aux art. 717 et 772! Nous avons montré quelle était à cet égard la pensée du législateur (n° 107). C'était comme principe qu'on avait renvoyé à ces articles. Or, en supprimant le renvoi précité, il n'est jamais entré dans l'esprit du législateur de toucher au principe, de s'attaquer à la nature même de ce droit de préférence : à cet égard tout le monde était unanime pour assimiler ce droit à celui accordé par la femme dans l'hypothèse de l'art. 2195 al. 1. De quoi s'est-on préoccupé, en rayant du texte ces deux articles? Uniquement de la perte de ce droit, de la déchéance que pourrait encourir la femme par l'expiration d'un délai, jugé trop court et trop rigoureux : « C'est à cause » de cette déchéance, a dit M. Lacombe, l'auteur » de l'amendement, qui s'induit forcément de l'art. » 772 que je demande, par voie d'amendement, de » limiter le renvoi à l'art. 717 et de ne pas l'étendre à l'art. 772. J'ai pour but d'éviter la perte » du droit de préférence qui résulterait pour la » femme de ce seul fait qu'un ordre ne serait pas » ouvert dans les trois mois » (1).

116. — Aussi il ne nous semble pas exact d'assimiler ce droit de préférence, maintenu par le § 4, au droit du créancier hypothécaire qui s'est fait inscrire dans les deux mois de l'art. 2194 (2). C'est qu'en effet dans l'hypothèse prévue par cet article, le droit du créancier sur le prix, n'est pas le droit de préférence, démembré de l'hypothèque légale, conservé et maintenu, c'est le droit de suite, transformé, en vertu de la purge, en une

(1) Journal off. Sénat, séance du 7 fév. 1888. Déb. parl., p. 123.

(2) Voy. cep. Tissier, n° 17.

créance sur le prix. Il y a eu conversion du droit de suite et non extinction de ce droit. Cela est si vrai que, dans l'hypothèse de l'art. 2194, si le bordereau de collocation qui a été délivré à la femme reste en souffrance, elle pourra poursuivre l'expropriation forcée, de l'immeuble ayant fait l'objet de la purge légale, non seulement contre l'acquéreur, mais encore contre un sous-acquéreur, en admettant, que dans ce dernier cas, elle n'ait pas laissé périmer son inscription, et se faire colloquer, au rang de son hypothèque dans le second ordre ouvert sur le prix d'adjudication sur saisie immobilière. Cette faculté, la femme renonçante n'en jouit pas, puisqu'elle ne peut plus agir ni par voie de délaissement ni par voie de surenchère en cas de purge (1).

117. — Il est un point cependant, par où la situation de la femme renonçante se rapproche de celle du créancier hypothécaire inscrit qui s'est fait connaître dans les délais de l'art. 2194. Dans ce cas, en effet, le tiers acquéreur ne peut faire de paiement valable sans le consentement de la femme (art. 2194 et 2195, al. 2 et 3). Tranchant une question auparavant discutée, le § 4 de la loi du 13 février 1889 décide que le paiement du prix de l'immeuble par le tiers acquéreur ne sera libératoire qu'autant qu'il aura été consenti par la femme (2). Mais cette disposition ne peut avoir aucune influence sur la nature du droit de préférence qui reste bien telle que nous

(1) Dalmbert, n° 13, p. 356.

(2) Tissier, n° 17.

l'avons déterminée. Les travaux préparatoires en font foi.

118. — D'un autre côté, en ce qui concerne les conditions de temps dans lesquelles la femme peut exercer ce droit de préférence, sa situation diffère de celle qui lui est créée par l'art. 2195, al. 1. D'après cet article, la femme qui a laissé expirer le délai de deux mois de l'art. 2194 sans prendre d'inscription, est tenue, pour faire valoir son droit de préférence, de se présenter spontanément à l'ordre amiable et de produire dans le délai de quarante jours de l'art. 754 du Code de procédure, si l'ordre est judiciaire, sans qu'il soit nécessaire de lui faire de sommation. Faute d'avoir produit avant la clôture de l'ordre amiable ou dans le délai imparti par l'art. 754, elle perd irrévocablement son droit de préférence.

119. — La loi du 13 février 1889 a dérogé à cette règle. Quant à la durée du droit de préférence, aucune limitation ne vient la restreindre. Le silence du texte, après la suppression du renvoi aux art. 717 et 772, est significatif : aucune condition de temps n'est imposée à la femme pour faire valoir son droit de préférence. En d'autres termes, la femme renonçante rentre sous l'empire du droit commun et peut user de son droit de préférence, pendant trente ans (art. 2262 civ.) (1).

Le délai court à compter du jour où la femme a renoncé soit expressément, soit tacitement. Mais en réalité, a-t-on affirmé, le délai de trente

(1) Escorbiac, p. 122; Tissier, n° 18; Dalmbert, n° 14, p. 356.

ans ne commencera à courir qu'à partir de la dissolution du mariage, parce qu'en thèse générale la prescription ne court pas contre les femmes mariées (1). C'est une erreur, à notre avis. Le principe formulé par l'art. 2253 civ. est tout autre : la prescription court contre la femme mariée. Quant aux exceptions à cette règle, exceptions limitativement déterminées par les art. 2254 et suivants, il nous semble impossible d'en rencontrer en notre matière.

120. — De ce principe que la durée du droit de préférence n'est point limitée, nous tirerons les conséquences suivantes :

1° L'exercice du droit de préférence n'étant plus subordonné à la condition qu'un ordre soit ouvert dans le bref délai imparti par l'art. 772, il s'ensuit qu'à quelque époque que l'ordre s'ouvre, la femme sera encore à temps pour s'y présenter.

2° La déchéance de l'art. 717 n'est plus applicable. Si l'ordre se règle amiablement, la femme du vendeur, lorsqu'elle a renoncé à son hypothèque, doit être appelée à la tentative d'ordre amiable. Si l'ordre se règle judiciairement (art. 754 Pr. civ.), la femme doit être régulièrement sommée de produire dans le délai de 40 jours à compter de la sommation (art. 753 Pr. civ.). La distribution du prix par voie amiable, faite sans le consentement de la femme ne serait pas valable, et en cas d'ordre judiciaire, la femme qui n'a pas été régulièrement

(1) Escorbiac, p. 122.

sommée n'encourrait pas la forclusion ; la clôture de l'ordre ne serait pas définitive à son égard. C'est à l'acquéreur à avertir la femme. Dans l'hypothèse de l'art. 772 Pr. civ., la femme ne prenant pas inscription, il était censé ne pas la connaître. Ici, au contraire, nul n'ignore qu'en concourant à l'acte d'aliénation, la femme a limité la portée de sa renonciation, qu'elle conserve son droit de préférence ; il n'y a donc de surprise possible pour personne (1).

La femme peut même, si elle le juge bon, provoquer l'ouverture de l'ordre (2).

121. — Quelle serait la position de la femme en cas d'insolvabilité de l'acquéreur survenue avant le paiement du prix ? — Ayant perdu le droit de suite, la femme ne pourrait pas procéder directement contre lui par voie de saisie immobilière ; ayant aliéné de gré à gré, elle n'aurait pas à sa disposition la procédure de folle enchère. Elle serait réduite à exercer en vertu de l'article 1166 Civ. les droits du vendeur primitif, son mari (3).

122. — Cette survivance trentenaire du droit de préférence crée à la femme une situation tout à fait exceptionnelle et privilégiée. En règle générale la perte du droit de suite entraîne celle du droit de préférence et le sort de l'un de ces droits est lié à l'autre ; ce n'est que dans des cas exceptionnels que le second puisse survivre au premier.

(1) Tissier, n° 18, p. 616. — Dalmbert, n° 15, p. 337.

(2) Dalmbert, n° 14, p. 356.

(3) Dalmbert, n° 13, p. 355 et n° 60. 4^e texte et note 18, p. 78.
— Voir Aubry et Rau, t. III, § 280, texte n° 2, p. 380.

La loi du 13 février 1889 a rangé parmi ces cas exceptionnels la renonciation de la femme au profit du tiers acquéreur. Nous avons vu aussi comment elle a dérogé aux règles introduites par la loi du 23 mars 1858, modificative du Code de Procédure Civile et contenues aux articles 717 et 772 Pr. Civ., en ne restreignant à aucun délai l'exercice du droit de préférence. La loi nouvelle a ainsi établi une distinction entre le cas où la femme renonce à son hypothèque légale en faveur d'un créancier et celui où la renonciation intervient au profit d'un tiers acquéreur d'un immeuble du mari ou de la communauté. Dans le premier cas la femme reste sous l'empire des dispositions de l'art. 772 Pr. Civ. qui lui sont communes avec tous les créanciers à hypothèques légales. A défaut d'inscription, elle ou ses créanciers subrogés n'ont, pour mettre en œuvre son droit de préférence, que les délais fixés par le Code de Procédure. Dans le second cas, bien que la renonciation consentie par la femme au profit de l'acquéreur soit de par la loi assimilée à une purge légale, elle aura pour exercer son droit de préférence le long intervalle de trente ans.

123. — Cette perpétuité du droit de préférence n'a pas paru, aux yeux de tous, suffisamment justifiée. On a regretté que le législateur de 1889 se soit écarté de l'esprit de la loi de 1858 et ait laissé surnager le droit de préférence, sans le soumettre à des conditions déterminées et à un délai limité. Il eût fallu tenir compte non seulement de l'intérêt de l'incapable, mais encore de l'intérêt du crédit public. C'est de cette double considération qu'était

sortie la transaction, œuvre de la loi de 1858. Les inconvénients qu'elle avait pour but de faire cesser vont réapparaître avec cette aggravation que le droit de préférence sera occulte. Pendant trente ans, le prix de l'immeuble sera frappé d'une sorte d'indisponibilité entre les mains du tiers acquéreur qui ne pourra s'en dessaisir sans le consentement de la femme. Or le crédit général est éminemment intéressé à ce que la prompte circulation du prix de vente et sa disponibilité ne soient pas longtemps entravées. Après être resté dans l'ombre pendant trente ans, le droit de préférence pourrait sortir des ténébres, pour venir troubler un ordre qui se fait ou remettre en question un ordre réglé. C'est porter une atteinte profonde à la sécurité des transactions et on cite à l'appui l'exemple suivant. Un individu achète un immeuble ; la femme du vendeur renonce à son hypothèque légale sur l'immeuble. Le prix n'est pas payé. La femme garde son droit de préférence. Ce même individu emprunte à des capitalistes et leur donne en gage l'immeuble vendu. Le registre des inscriptions ne révèle aucune hypothèque sur le bien hypothéqué. Puis survient la saisie de l'immeuble. La femme, sur laquelle on était loin de compter se présente et se fait colloquer avant les autres créanciers hypothécaires qui devront se contenter du reliquat, si les créances de la femme n'absorbent pas les prix. Il y a là une source possible de collusions frauduleuses (1).

124. — Quant à nous, nous avouons ne pas les apercevoir, et l'exemple donné plus haut n'est pas heureusement choisi. Pourquoi les prêteurs

(1) Escorbiac, p. 121.

se sont-ils bornés à l'examen du registre des inscriptions et n'ont-ils pas, à l'aide du registre des transcriptions, vérifié si le prix avait été payé ou non lors de la renonciation ou de l'acte d'aliénation qui la contenait. La loi du 13 février 1889 impose à tout prêteur sérieux le devoir de consulter et le registre des inscriptions et le registre des transcriptions. A cette seule condition, il sera renseigné exactement sur la situation hypothécaire de l'immeuble offert en gage. Dès lors, plus de surprise possible pour personne. Celui qui aura été trompé ne pourra s'en prendre qu'à sa négligence : *Jus vigilantibus scriptum est.*

Voici, d'ailleurs, la raison que l'auteur de l'amendement, M. Lacombe, a donnée de la nécessité qu'il y avait de déroger, en cas de renonciation à l'hypothèque légale, aux règles du Code de Procédure civile. Elle est très juste : « L'article » 772 pouvait, sans une rigueur excessive, res- » treindre à trois mois ce délai supplémentaire, » ce délai de grâce qu'il accordait au créancier » à hypothèque légale, parce que ce créancier » avait été mis en demeure par la notification » qui lui avait été faite conformément à l'art. 2194. » Mais ici, où il n'y a ni purge, ni notification » faite à la femme, où l'extinction de son droit » hypothécaire n'est que la conséquence plus ou » moins connue par elle ou plus ou moins pré- » sente à son esprit de son consentement à » l'aliénation, il est nécessaire de ne pas la priver » de son droit de préférence par la simple expi-

» ration d'un délai et sans qu'elle ait été mise
» en demeure de le faire valoir. (1) »

Cela est vrai. Et pourtant nous nous permettrons à ce sujet une double réflexion. Ici encore c'est la protection de la femme qui a été invoquée. Mais la sollicitude du législateur à l'égard de la femme n'est-elle pas un peu exagérée ? Et pourquoi, lorsqu'il s'agit de femmes qui s'engagent ou qui contractent, toujours sembler admettre qu'en règle générale elles ignorent ou ne comprennent pas ce à quoi elles s'engagent, la portée de leurs obligations ou de leurs droits. D'un autre côté, le législateur a-t-il oublié qu'il avait mis à côté de la femme un officier public pour l'éclairer sur l'importance et les conséquences de son engagement ? A quoi donc aura servi cet officier public, si l'on suppose maintenant que la femme ne connaît pas ou ne connaît plus les effets de cette renonciation sur lesquels l'officier public devait attirer son attention ? Cette authenticité, tant vantée, aurait-elle perdu de son efficacité et de sa vertu ?

SECTION II

Conservation du Droit de Préférence

125. — L'existence du droit de préférence, maintenu au profit de la femme par le § 4 de la loi du 13 février 1889, est-elle subordonnée à

(1) Journ. Off., séance du 7 fév. 1888, Sénat, Déb. parlem., p. 123. — Tissier, n° 18.

quelque condition de publicité? — La loi ne s'est pas préoccupée de cette question et les discussions législatives ne nous apportent aucun renseignement à ce sujet, quoique, cependant, l'attention du législateur ait été éveillée sur ce point (1). Force nous est donc de conclure de ce silence de la loi que le droit de préférence, tant qu'il reste entre les mains de la femme, est indépendant de toute condition de publicité. Par suite, si le mariage venait à être dissous, la femme aurait le droit de se faire colloquer au rang de son hypothèque, sans avoir besoin de prendre une inscription dans l'année qui suit la dissolution du mariage (2).

126. — Au surplus, la solution que nous adoptons n'a rien que de très juridique. Sans doute il existe des cas dans lesquels l'hypothèque, réduite à un simple droit de préférence, doit néanmoins pour valoir comme telle, avoir été rendue publique. Comme exemple, on peut citer en particulier, le privilège du copartageant. Lorsqu'un copartageant a négligé d'inscrire son privilège dans le délai de 45 jours (art. 6 al. 2. L. 23 mars 1855), il est déchu de son droit de suite contre l'acquéreur qui a transcrit, mais il conserve son droit de préférence jusqu'à la fin du délai de 60 jours (Art. 2109 civ). Cette opinion, il faut le reconnaître, n'est pas acceptée par tous les auteurs (3). Mais tous s'accordent à

(1) Observations de M. Boulanger au Sénat. Journ. Off., séance du 6 fév. 1888.

(2) Tissier, n° 19; Dalmbert, n° 16, p. 358.

(3) Dans le sens de l'extinction du droit de préférence voir notamment : Flandin, op. cit. II, n° 1143; Thézard, op. cit. n° 313; Dalmbert, n° 181 bis, p. 317 et les auteurs qu'il cite en note.

Dans le sens de la survivance : Pont, n° 318; Aubry et Rau, t. 3, p. 364, n° 278, note 28.

dire que, si elle prévaut, il est nécessaire que le copartageant s'inscrive dans l'intervalle entre le quarante-cinquième et le soixantième jour. Faut-il voir là l'application d'un principe général qui se pourrait formuler ainsi : Tout droit hypothécaire dépouillé de son droit de suite peut donner lieu à une inscription valable. Nous ne le pensons pas. L'hypothèse que nous venons de présenter est un cas exceptionnel et particulier. Il est une règle dont on ne peut jamais s'écarter et que M. Chavegrin à ce propos rappelle très judicieusement : « L'inscription ne s'applique qu'à l'hypothèque définie » par l'art. 2114 Civ., c'est-à-dire au droit réel grevant les immeubles pour garantir l'acquittement » d'une obligation, et les suivant en quelques mains » qu'ils passent ; le droit ainsi caractérisé se prête » seul à une inscription valable. Rigoureusement » si le droit de suite n'existe plus, et si le créancier, » au lieu d'un droit réel, n'a plus qu'un droit de » préférence à réclamer sur le prix, on n'est plus » en présence d'une hypothèque, dans l'acception » que le législateur donne à ce terme : or *pas d'hypothèque, pas d'inscription* » (1).

Y aurait-il entre la situation du copartageant et celle de la femme renonçante quelque analogie qui permit d'étendre à l'hypothèque légale de la femme la règle admise pour le privilège du copartageant ? En aucune façon. L'hypothèque légale de la femme offre avec le privilège cette différence capitale qu'elle est dispensée d'inscription. Sans inscription, le privilège du copartageant n'entraîne ni droit de suite, ni droit de préférence et alors

(1) Chavegrin, dans Sir., 89. I. 17, sous Cass., 6 juin 1887.

on comprend à merveille qu'une inscription soit nécessaire puisqu'elle constitue pour le copartageant le seul moyen de conserver ce qu'on lui laisse. Il en est tout autrement de l'hypothèque légale. Avant la renonciation aucune publicité n'est requise, le rang de la femme se détermine indépendamment de toute inscription. Pourquoi, dès lors, inscrire après la renonciation ? Serait-ce pour conserver le droit de suite ? Il est désormais perdu. Serait-ce pour sauvegarder le droit de préférence ? Pourquoi une formalité, vaine avant la renonciation, serait-elle maintenant nécessaire ? Pourquoi le droit de préférence ne survivrait-il pas avec le régime qu'il avait suivi jusqu'alors ?

On peut ajouter qu'il en est ainsi en cas d'expropriation forcée. Lorsqu'il y a eu saisie, le jugement d'adjudication n'éteint le droit hypothécaire de la femme qu'en tant que droit de suite ; il vaut purge, comme la renonciation ; même après ce jugement transcrit, l'hypothèque survit comme droit de préférence, indépendamment de toute inscription (1).

127. — D'où cette conséquence pratique : si la femme qui a renoncé requérait l'inscription de son droit de préférence, le Conservateur des hypothèques se verrait dans l'impossibilité de déférer à sa réquisition et sommé d'inscrire, il devrait répondre par un refus. Une disposition formelle de loi serait nécessaire pour l'au-

(1) Tissier, n° 49. — En ce sens : Riom, 3 juil. 1884, sous Cass. 6 juin 1887. Sir. 89. 1. 17. — *Contrà* : Dijon, 17 nov. 1876. Sir. 77. 2. 261. Mais ce dernier arrêt affirme, sans appuyer son affirmation d'aucun motif.

toriser à dresser une inscription de cette nature (1).

128. — Conforme aux principes du droit, l'absence de toute condition de publicité ne nous paraît pas devoir soulever de critiques, si l'on se place sur le terrain de la pratique. Au point de vue du crédit public, a-t-on dit, cette clandestinité aura des conséquences regrettables et favorisera les fraudes. C'est une crainte imaginaire. Les tiers — et en cela nous ne faisons que nous répéter — auront toute facilité désirable pour ne pas ignorer que la femme a gardé son droit de préférence. Il leur suffira de consulter l'acte de vente sur le registre des transcriptions; ils y verront si la femme, en concourant à l'aliénation, a ou non consenti au paiement du prix (2).

SECTION III

Renonciation au droit de préférence.

129. — La femme — nous l'avons signalé précédemment — peut renoncer à son droit de préférence en même temps qu'au droit de suite ; mais il faut pour cela une manifestation expresse de volonté qui enlève toute incertitude. En cas de doute, ou lorsque la femme ne s'est pas expliquée sur ce point, le droit de suite

(1) Escorbiac, p. 122.

(2) Tissier, n° 19; Dalmbert, n° 16, p. 358. — *Contra* : Escorbiac, p. 122.

seul disparaît. Nous avons signalé également des hypothèses où, par la force même des choses, la renonciation simple à l'hypothèque légale entraînait la perte et du droit de suite et du droit de préférence. Dans cette section nous nous occupons exclusivement de la renonciation au droit de préférence lorsqu'il *survit* au droit de suite.

130. — Cette renonciation peut être expresse : la femme dûment autorisée et maîtresse de ses droits a incontestablement cette prérogative qu'aucune loi ne lui enlève.

Elle peut être tacite lorsqu'elle s'induit d'une circonstance de fait. La loi a prévu celle qui se présentera le plus ordinairement dans la pratique : le paiement du prix de l'immeuble aux mains du mari avec le consentement de la femme. « Toutefois la femme conserve son » droit de préférence, *mais sans pouvoir répéter » contre l'acquéreur le prix ou la partie du prix » par lui payé de son consentement.* » (§ 4 L. 13 février 1889). Ainsi donc, quand la femme donne son consentement au paiement du prix, ce consentement équivaut à une renonciation à son droit de préférence, à un abandon complet et définitif de son droit d'hypothèque légale.

131. — Dans quelle forme la femme doit-elle donner son consentement ? Le plus souvent, c'est à l'acte de quittance ultérieur du prix que la femme interviendra ; cet acte peut-il être authentique ou sous seing privé ? Pour nous, il suffit que la femme donne un consentement valable, c'est-à-dire avec autorisation du mari ou de justice. De même que

pour la conservation de ce droit, ni le texte de la loi, ni les travaux préparatoires ne contiennent d'indication au point de vue de la forme de la renonciation ; le droit commun reprend alors son empire et aucune formalité ne peut être exigée. Logiquement, il y a là dans l'œuvre du législateur de 1889 un défaut d'harmonie qui choque ; on s'explique assez difficilement qu'assujettissant, à tort ou à raison, la renonciation au droit de suite à la formalité de l'authenticité dans l'intérêt de la femme, il n'ait établi aucune garantie de protection quand il s'agit du droit de préférence, qui cependant est, en réalité, le plus précieux et le plus intéressant pour les créanciers. — Aussi, des jurisconsultes ont-ils essayé de réparer cette conséquence, fâcheuse d'après eux, et soutiennent que la renonciation au droit de préférence doit être authentique et même notariée. Permettre la renonciation au droit de préférence par acte sous seing privé, disent-ils, c'est se mettre en contradiction avec les principes de la loi nouvelle. Le législateur, en rendant obligatoire l'authenticité dans son § 2, n'a pas voulu que la femme pût sacrifier son droit de suite sans l'assistance et les lumières d'un officier public. *A fortiori* cette condition est-elle nécessaire, lorsque le droit de préférence est en jeu. L'abdication du droit de suite laisse encore à la femme une ressource ; l'abdication du droit de préférence les lui enlève toutes. Admettre le contraire, ce serait, en outre, violer les prescriptions impérieuses de l'article 9 de la loi du 23 mars 1855. En donnant ce consentement, que fait la femme ? sinon subroger à son

hypothèque légale celui en faveur de qui elle consent et l'art. 9 de la loi de 1855 soumet à la forme authentique tous les actes par lesquels la femme subroge à ses droits hypothécaires (1).

Ces raisons ne nous semblent pas assez puissantes pour prévaloir contre le silence de la loi. Au reste, on y a déjà répondu. L'argument *a fortiori*, séduisant au premier abord, perd beaucoup de sa valeur si l'on observe que le consentement donné par la femme au paiement du prix n'est que le corollaire, la suite et le terme final d'une opération déjà commencée dans l'acte d'aliénation. Lors de son intervention à cet acte ou lors de la renonciation expresse, la femme a dû être prévenue des conséquences et des effets de sa renonciation ; la présence de l'officier public n'avait pas d'autre but. C'est suffisant et n'est-ce pas pousser outre mesure l'idée de protection que de demander un second acte authentique. Quant à l'art. 9, il faut l'écarter en cette occurrence. Pré-tendre d'une façon absolue que tout consentement de la femme au paiement du prix équivaut à une subrogation est inexact. Cela dépendra des circonstances : la renonciation au droit de préférence, nous le constaterons bientôt, peut être simplement extinctive. Or l'art. 9 de la loi du 23 mars 1855 n'a été écrit que pour les renonciations translatives et depuis la loi nouvelle il est certain qu'on ne peut plus l'étendre aux renonciations extinctives. A supposer même que la renonciation au droit de préférence fût subrogative, il n'est pas plus vrai d'appliquer encore l'art. 9. Si un droit est transféré

(1) Escorbiac, p. 154 ; Baudry-Lacantinerie, t. III, n° 1241 bis.

ou cédé, c'est le droit de préférence et non l'hypothèque légale ; celle-ci n'existe plus (art. 2114 Civ.) et nous ne pensons pas que l'art. 9 vise les cessions qui portent uniquement sur le droit de préférence (1).

132. — La loi ne prescrivant aucun mode de publicité pour prévenir les tiers de la perte du droit de préférence, il faut décider par suite que la disparition de ce droit ne devra pas être portée à la connaissance du public. Pourquoi, en ce qui concerne la publicité, soumettre à des régimes différents le droit de suite et le droit de préférence et n'avoir pas étendu au droit de préférence la publicité organisée si minutieusement pour la perte du droit de suite. C'est là encore une anomalie et, cette fois, une anomalie regrettable. On peut craindre des fraudes de la part de la femme qui pourra vouloir céder à un tiers un droit qu'elle n'a plus, quand elle a accepté le paiement. Les tiers peuvent savoir si le droit de préférence frappe le prix de l'immeuble ; dans le cas où le prix n'est pas payé comptant du consentement de la femme, il leur est actuellement impossible de savoir s'il a cessé d'exister. Il était facile d'éviter cette difficulté, en exigeant de mentionner en marge de la transcription le paiement accepté par la femme après l'aliénation. Quoiqu'il en soit, les tiers avec lesquels la femme voudra traiter de son hypothèque légale devront dorénavant s'entourer de renseignements ; ils savent qu'ils n'ont plus à compter sur l'hypothèque légale en tant qu'elle

(1) Didier, op. cit. n° 15-16, juillet 1889. — Tissier, n° 20.

porte sur l'immeuble vendu lorsque la femme a renoncé au profit d'un acquéreur (1).

133. — Il résulte par *a contrario* du § 4 (L. 13 février 1889) une conséquence très importante : pour être valable au regard de la femme, le paiement du prix ne peut plus être opéré entre les mains du mari qu'avec le consentement de la femme. Ce n'est qu'à la condition d'obtenir ce consentement, que l'acquéreur est pleinement libéré vis-à-vis de la femme. A défaut de cette précaution, il s'expose à de lourdes responsabilités. Il court le risque de payer une seconde fois le prix qu'il a imprudemment payé au mari. La liquidation de la communauté constituant la femme créancière de son mari, et les biens de ce dernier ne suffisant pas pour remplir la femme de ses reprises, la femme exigera le paiement des deniers sur lesquels elle a un droit de préférence.

Cet argument *a contrario* est d'autant plus décisif que les travaux préparatoires le corroborent de la façon la plus nette. Parlant de l'amendement de M. Lacombe, le rapporteur au Sénat dit dans son rapport supplémentaire : « Le consentement de la femme au paiement du prix » sera nécessaire pour mettre l'acquéreur à l'abri » de toute réclamation de la part de cette dernière. » C'est bien ainsi que l'entendait l'auteur de cette disposition du § 4. Critiquant la rédaction de ce paragraphe, il demandait à la commission de s'expliquer sur le point de savoir « si » la femme conservait contre l'acquéreur son

(1) Didier, op. cit. n° 15-16, juillet 1889.

» droit de préférence sur le prix ou la portion du prix au paiement duquel elle aurait consenti ». Le rapporteur, au nom de la commission, répondit : « Jamais ! » (1).

134. — Ce point de droit avait soulevé des difficultés en Jurisprudence et il était nécessaire que le législateur intervînt pour en donner la solution. On se demandait, en effet, avant la loi du 13 février 1889, si, dans le cas d'une renonciation de la femme à son hypothèque légale au profit d'un tiers acquéreur d'un immeuble du mari ou de la communauté, le mari avait qualité pour toucher le prix et en disposer ? En d'autres termes, l'acquéreur qui payait au mari, était-il à l'abri de tout recours de la part de la femme ? Celle-ci gardait-elle son droit de préférence sur le prix à l'encontre du tiers acquéreur, lorsqu'il s'était dessaisi du prix, sans son consentement ? De même que la jurisprudence, la doctrine était divisée. Paul Pont et Aubry et Rau enseignaient que la renonciation « laissait » subsister, mais seulement tant que les choses » sont entières (c'est à dire tant que le prix » reste entre les mains de l'acquéreur ou n'a » pas été l'objet d'un transport ou d'une délégation » régulièrement faite), le droit de préférence que » la femme peut avoir vis-à-vis des créanciers » (2). C'était aussi l'opinion de Mourlon (3). Bertauld la repoussait, estimant singulièrement fragile un

(1) J. Off. Sénat. Déb. parlem., séance du 7 fév. 1888.

(2) Pont, op. cit., t. I, n° 485, p. 529 — Même sens : Aubry et Rau, t. 3, § 288 bis, p. 463. — Mérignhac, n° 145.

(3) Mourlon. Transcription, t II, n° 960.

droit de préférence qui se pouvait perdre si facilement (1). On trouve des arrêts de cours d'appel dans les deux sens. La Cour de Metz avait décidé que la femme qui a renoncé à son hypothèque légale au profit de l'acquéreur est tenue d'en donner mainlevée sur la demande du mari qui veut en toucher le prix : son refus, en empêchant le paiement, aurait pour effet d'entraver l'exercice légitime du droit que le mari tient de la loi et de lui interdire de percevoir les capitaux appartenant à la femme, sans distinction entre les capitaux d'origine mobilière et ceux provenant d'une vente d'immeubles (2). Pour la cour d'Agen, l'acquéreur qui se libère aux mains du mari ne pouvait opposer à la femme le paiement qu'il avait fait, et restait tenu envers elle du montant de ses reprises jusqu'à concurrence du prix indûment payé (3). La Cour de cassation était incertaine. Les deux arrêts qui émanent de la cour suprême, en cette matière, sont des arrêts d'espèce. Dans l'arrêt du 6 novembre 1855 (4), la Cour de cassation était en présence d'une femme qui, par une clause spéciale du contrat de vente, s'était réservé le droit d'être associée au paiement du prix. Rien de plus juridique que de déclarer alors, non opposable à la femme, le paiement fait par le mari en violation de cette

(1) Bertauld, *op. cit.*, n° 49, p. 93.

(2) Metz, 31 déc. 1867, D. P. 68. 2. 145.

(3) Agen, 21 mars 1866, D. P. 67. 2. 129. — Dans le même sens : Amiens, 16 fév. 1854, Sir. 54. 2. 260 ; Dijon, 17 nov. 1876, Sir. 77. 2. 261.

(4) Cass. 6 nov. 1855, D. P. 55. 1. 448.

clause. Quant à l'arrêt du 12 février 1868 (1), s'il semble devoir sanctionner la doctrine soutenue par la cour de Metz, celle favorable aux pouvoirs du mari, il perd beaucoup de son autorité : la Cour de cassation a jugé *en fait*, retenant cette circonstance, à savoir que la femme était intervenue à la quittance du prix. D'où la Cour concluait qu'évidemment ce ne pouvait être que pour donner mainlevée sans condition, ni réserve. Grâce à la loi du 13 février 1889, tous les doutes sont levés sur cette question : la femme n'abandonne son droit de préférence qu'en donnant son consentement de payer entre les mains du mari. S'assurer du consentement de la femme, devient pour l'acquéreur qui désire se libérer avec sûreté une précaution absolument nécessaire.

135. — La solution donnée par la loi nouvelle à cette question controversée a été diversement appréciée. C'était inévitable : deux intérêts, également respectables, sont en présence : ceux du mari « seigneur et maître de la communauté » et ceux de la femme dont l'hypothèque légale doit être protégée fortement pour ne pas dégénérer en une garantie illusoire. Les opinions varieront suivant qu'on est plus ou moins porté à protéger la femme.

Il est certain qu'obliger l'acquéreur à obtenir le consentement de la femme pour effectuer le paiement du prix est de nature à causer une sérieuse atteinte aux pouvoirs du mari comme chef de la communauté. D'après le Code, le mari a

(1) Cass. 12 fév. 1868, Sir. 68. 1. 389.

qualité pour aliéner non seulement ses immeubles propres, mais encore les immeubles de communauté. (Art. 1421 Civ.). Dénier au mari le droit de toucher ce prix, c'est lui enlever indirectement le droit d'aliéner. L'un ne va pas sans l'autre. Pourquoi vend-on, en effet, si ce n'est par besoin d'argent ou tout au moins parce qu'on a intérêt à convertir en espèces la chose vendue.

Autre atteinte aux pouvoirs du mari, administrateur de la communauté, et qu'avait déjà fait ressortir l'arrêt de la Cour de Metz précité. Quand un immeuble de communauté est vendu, le prix est un capital qui, comme tel, tombe dans la communauté. A ce titre le mari a droit d'en disposer comme bon lui semble, même à titre gratuit (art. 1422 Civ.), de l'exposer dans de folles spéculations, etc. Désormais le prix provenant de la vente d'un immeuble de communauté ou d'un propre du mari, pourra, en cas de renonciation et si la femme refuse son consentement, devenir indisponible entre les mains de l'acquéreur. Celui-ci en effet le retiendra ou le déposera à la Caisse des Dépôts et Consignations.

Exiger le consentement de la femme ultérieurement à la renonciation, c'est en outre méconnaître l'esprit de cette convention et violer l'intention des parties. La femme qui renonce à l'hypothèque légale dans l'acte d'aliénation ou à l'occasion d'une vente, sait à merveille que si le mari vend, c'est apparemment pour en toucher le prix. Il y a de la part de la femme une sorte de mandat implicite donné au mari de recevoir le prix. Voilà comment les choses se passent et c'est à coup sûr l'induction la plus

naturelle que l'on puisse tirer du silence de la femme. Pour que le consentement de la femme au paiement fût nécessaire, il faudrait une clause formelle dans l'acte. La loi du 13 février 1889 a eu le tort grave d'ériger en règle générale ce qui ne constitue que l'exception (1).

136. — Il en est qui sont loin de regretter le parti adopté sur ce point par la loi de 1889. Le droit de préférence ne sera pas pour la femme aussi aléatoire qu'il l'est dans le système adverse. Ainsi la protection de la femme sera véritablement efficace. Cette innovation aura, du reste, des conséquences importantes et salutaires, car du même coup la femme sera associée plus intimement à l'administration de la communauté; elle verra diminuer l'omnipotence du mari comme chef de cette communauté. Cette situation de la femme après la renonciation n'est pas, d'ailleurs, un cas exceptionnel dans nos lois; elle est la même, nous l'avons vu, que celle de la femme qui s'est fait connaître dans les délais de l'art. 2194. Dans ce cas, l'art. 2195 al. 3 décide que l'acquéreur ne peut effectuer aucun paiement au préjudice des créanciers hypothécaires inscrits (2).

137. — Quels seront les effets de la renonciation au droit de préférence? Ils varieront suivant les circonstances :

1° S'il n'existe pas sur l'immeuble vendu des créanciers hypothécaires inscrits, primés par la femme, la renonciation au droit de préférence est simplement *extinctive*, parce que cela suffit à la sûreté de l'acquéreur. Ce qui lui

(1) Escorbiac, p. 120 et 151.

(2) Tissier, n° 17. — De l'Epine, Rev. Not. art. 8329, p. 621.

importe, en effet, c'est que les droits résultant de l'hypothèque légale ne puissent pas être exercés contre lui, que ces droits soient éteints ; il n'a pas besoin d'en être investi, d'y être subrogé (1).

2^o Cette renonciation au droit de préférence peut prendre un caractère *translatif*, tout d'abord si la femme renonce à son droit de préférence au profit de toute personne autre que l'acquéreur de l'immeuble vendu : elle constitue alors une véritable cession. Sans cela, on n'apercevrait pas l'utilité d'une telle convention. De même la renonciation au droit de préférence vaudra subrogation et produira un déplacement du droit au profit du tiers acquéreur, lorsqu'il existe sur l'immeuble aliéné, d'autres hypothèques postérieures en rang à l'hypothèque légale de la femme. Ce cas particulier a fait l'objet de longs développements dans le § 5 de la nouvelle loi : nous l'étudierons dans une section spéciale (2).

138. — Mais il n'y a extinction ou subrogation que dans la mesure du prix payé avec le consentement de la femme. La femme n'a-t-elle concouru qu'au paiement d'une fraction du prix fait au mari ; son concours n'équivaut qu'à une renonciation partielle à son droit de préférence. En un mot, si un ordre s'ouvre pour la distribution du prix de vente, les créanciers postérieurs en rang « peuvent » exiger que la femme déduise de sa production, » la somme représentant la portion du prix au » paiement de laquelle elle a consenti » (3). La

(1) Dalmbert, n^o 19, p. 361.

(2) Voir Baudry-Lacantinerie, t. 3, n^o 1241 bis, p. 735.

(3) Rapport supplémentaire de la commission du Sénat.

convention intervenue, au sujet du paiement, entre la femme et le tiers acquéreur, ne peut, en effet, ni profiter, ni nuire aux créanciers hypothécaires. C'est l'application de l'adage : *Res inter alios acta, aliis neque nocere neque prodesse potest*. La femme qui, après avoir autorisé ou reçu un paiement partiel, se ferait colloquer sur le prix restant dû, sans tenir compte de la renonciation qu'elle a consentie, causerait aux créanciers un véritable préjudice, dans le cas où ce qui reste à distribuer ne suffirait pas à les désintéresser. Cette solution, commandée par les principes les plus élémentaires, n'était pas susceptible d'offrir quelque difficulté. Le législateur de 1889 s'est cru, pourtant, dans la nécessité de rappeler expressément que la renonciation au droit de préférence aura lieu « *sans préjudice du droit des autres créanciers hypothécaires* » (§ 4 in fine) (1).

139. — L'acquéreur a eu soin, avant de payer le prix au mari, d'obtenir le consentement de la femme. Est-ce à dire qu'après s'être conformé aux prescriptions de la loi du 13 février 1889, il soit à l'abri de tout danger et qu'effectuant le paiement au mari, tant que dure la communauté, il ne puisse plus être inquiété ? Pour avoir une sécurité complète, l'acquéreur de la femme ne doit pas payer en dehors d'une procédure d'ordre. Sans cette précaution et malgré le consentement de la femme, il s'expose, sur les poursuites des créanciers hypothécaires postérieurs, à payer deux fois ou à délaisser.

(1) Escorbiac, p. 156 ; Didier, op. cit. n° du 14 juillet ; Tissier, n° 21 ; Baudry-Lacantinerie, op. et loc. cit., p. 735 ; Dalmbert, p. 361, note 45.

Et voici pourquoi. La femme n'a contre son mari qu'un droit de créance conditionnel. Ce n'est qu'à la dissolution de la communauté que la liquidation permettra de déterminer le *quantum* des créances en reprises de la femme ou de les faire apparaître, si elles existent. Il est vrai que l'acquéreur qui paie au mari avec le concours de la femme est subrogé de plein droit à son hypothèque légale (§ 5. L. 13 février 1889). Mais c'est une garantie fort aléatoire, car le subrogé ne peut exercer ses droits que dans la mesure où la femme peut les exercer elle-même. Deux résultats sont possibles lors de la liquidation de la communauté : ou la femme est constituée créancière de son mari et la subrogation sera pour l'acquéreur une ressource efficace ou la femme n'aura rien à réclamer à son mari. Dans cette dernière hypothèse, la femme, n'ayant plus de créance, n'a plus d'hypothèque, et la subrogation demeure sans effet (1). Les créanciers hypothécaires postérieurs pourront alors tenir à l'acquéreur le langage suivant : « L'existence de la créance hypothécaire » de la femme était subordonnée à cette condition, » que la femme, après la dissolution de la communauté et malgré les reprises qu'elle a exercées » sur l'actif mobilier, resterait créancière. La condition ayant défailli, la créance hypothécaire est » censée n'avoir jamais existé. En payant au mari, » du consentement de la femme, créancière purement conditionnelle, avant l'arrivée de la condition, si vous avez pensé payer un créancier hypothécaire premier en rang, vous vous êtes trompé ; » et en payant au mari vous avez eu le tort, dans

(1) Baudry-Lacantinerie, t. III, n° 1236, p. 728.

» votre distribution, d'oublier les créanciers hypo-
» thécaires postérieurs inscrits, dont les titres ne
» sont pas contestés. Délaissez ou désintéressez-
» nous » (1).

A cet inconvénient, il y a le remède déjà indiqué : l'acquéreur ne devra verser son prix qu'à la suite d'une procédure d'ordre. Cette procédure ouverte, les créanciers hypothécaires, y compris la femme, produiront leurs titres. Et alors de deux choses l'une : ou les créanciers admettront la femme à se faire colloquer provisoirement, mais en exigeant de la femme une caution ou des sûretés suffisantes pour garantir la restitution de cette collocation, à laquelle le cas échéant elle pourrait ne plus avoir droit ; ou bien, ils refuseront cette admission ; l'acquéreur se verra alors dans la nécessité de consigner son prix (2).

SECTION IV

**Des cessions ou subrogations du droit de préférence
au profit de toute personne autre que le tiers
acquéreur.**

140. — Ces conventions, soit par leur objet, soit par leur nature, ne tombent sous l'application ni de la loi du 13 février 1889, ni de l'art. 9 de la loi du 23 mars 1855.

Ce ne sont pas des cessions dans le sens de ce dernier article. L'art. 9 de la loi de 1855 n'a eu

(1) Escorbiac, p. 156.

(2) Escorbiac, p. 156. — Cpr. Aubry et Rau, t. III, § 295, p. 545; Le Baron, op. cit. nos 699-700.

en vue que les cessions de l'hypothèque *intégrale* ; celles que nous étudions actuellement ne portent que sur le droit de préférence. On ne peut davantage leur étendre les règles du § 5 de la nouvelle loi : ce paragraphe ne vise que les cessions ou subrogations au profit du *tiers acquéreur* de l'immeuble vendu. Nous rentrons donc sous l'application des règles du droit commun. Les cessions du droit de préférence de la femme au profit de personnes autres que le tiers acquéreur sont des cessions ordinaires uniquement soumises aux prescriptions des art. 1689 et suiv. du Code civil. Par suite ni authenticité, ni publicité nécessaires. Le rang des divers cessionnaires sera déterminé, non par des inscriptions ou des mentions en marge de l'inscription préexistante, mais d'après la date de l'accomplissement de l'une ou l'autre des formalités prescrites par l'art. 1690 Civ. (1).

141. — D'ailleurs n'avons-nous pas établi plus haut que la femme, pour conserver son droit de préférence, n'était nullement tenue de le rendre public. S'il en est ainsi, et ce point ne nous semble plus contestable, pourquoi le droit de la femme changerait-il de nature en passant aux mains des tiers subrogés. Leurs droits ne sont-ils pas identiques ? Et la mesure de l'un n'est-il pas la mesure de l'autre ? Occulte sur la tête de la femme, il doit rester tel sur la tête du cessionnaire. La Cour de Riom, dans une situation analogue, a mis en relief avec

(1) En ce sens : Tissier, n° 22 ; Dalmbert, n° 17, p. 359. — *Contrà* : Baudry-Lacantinerie, t. III, n° 1241 bis, qui exige l'accomplissement des formalités de l'art. 9, L. du 23 mars 1855.

beaucoup de précision cet argument qui peut s'appliquer ici en entier. Il s'agissait, dans l'espèce, d'une cession consentie par la femme après la transcription d'un jugement sur expropriation forcée, sans qu'on eût pris ensuite inscription au nom de la femme. Le droit de préférence seul survivait de plein droit. Dans ces circonstances, la Cour décida que : « L'inscription de l'hypothèque légale de la femme » ne serait qu'une vaine formalité, et son cessionnaire, n'ayant pas de droit plus étendu que celui de sa cédante, ne peut, par la mention de sa subrogation en marge de l'inscription de ladite hypothèque, acquérir un droit de préférence vis-à-vis des tiers » (1). Il faut bien aussi s'arrêter à cette considération, que nous ne sommes plus en présence d'un droit d'hypothèque, mais d'un droit de préférence. M. Chavegrin, dans une note remarquable placée au bas de l'arrêt de la Cour de Riom, note que nous avons déjà citée, appuie avec insistance sur cette idée, irréfutable à notre avis : « On inscrit exclusivement l'hypothèque définie » dans l'art. 2114 Civ., le droit réel établi sur l'immeuble et le suivant en quelques mains qu'il passe. Or ce droit a cessé d'être ; il a cédé la place à une obligation de l'adjudicataire envers le créancier hypothécaire. On ne peut donc plus parler d'inscription... L'hypothèque légale réduite au droit de préférence ne comporte aucune inscription utile prise par

(1) Riom, 3 juill. 1884, sous Cass., 6 juin 1887. Sir. 89. 1. 20 et la note de M. Chavegrin.

» la femme. Comment ses ayants-cause l'inscri-
» raient-ils ? Comment ceux qu'elle subroge
» feraient-ils ce qui ne lui est pas possible ?
» Sans doute, c'est dans leur intérêt propre, non
» dans le sien qu'ils requièrent l'inscription ;
» mais l'hypothèque qu'ils veulent révéler au
» public est celle de la femme. Ils doivent donc
» suivre les règles qui régissent l'hypothèque
» de la femme et ne peuvent la porter efficace-
» ment à la connaissance des tiers lorsqu'il est
» trop tard pour que la subrogeante elle-même
» accomplisse la formalité ».

Il reste en faveur du système que nous défendons une raison décisive tirée des travaux préparatoires de la loi du 13 février 1889. Dans la séance du 6 février 1888, M. Boulanger a posé la question en des termes tellement explicites, qu'au risque d'encourir le reproche d'abuser des citations, nous croyons nécessaire de les reproduire : « Le droit
» de préférence au profit de la femme, survivant
» à la renonciation actuelle et à la perte du droit
» de suite, la femme pourra, j'imagine, le céder
» aux créanciers du mari ou à des tiers. Cette cession
» du droit de préférence aura bien véritablement,
» en pareil cas, le caractère d'une subrogation
» ordinaire. Je me suis demandé si ces subroga-
» tions au droit de préférence resteraient sous le
» régime de la loi de 1855 ou quel est le régime
» que vous voudrez leur appliquer ? » Il ajoutait, faisant ressortir l'importance de sa question :
« Vous comprenez que si ces subrogations doivent
» être soumises au régime de la loi de 1855, il
» faudra alors les inscrire au registre des inscrip-

» tions, et vous aurez pour la renonciation complète
» à l'hypothèque légale, des inscriptions parallèles
» sur deux registres différents : le registre des
» transcriptions par rapport à la renonciation au
» droit de suite, et le registre des inscriptions au
» sujet du droit de préférence. Cette dualité n'est-
» elle pas de nature à compliquer les recherches,
» les frais et les formalités. La commission a-t-elle
» envisagé les conséquences de cette situation » (1).
C'était, il faut l'avouer, attirer suffisamment l'attention du Sénat sur ce point délicat. Et pourtant, toutes ces questions sont demeurées sans réponse. Le législateur a-t-il voulu cette complication pleine de dangers, exposée par M. Boulanger ? Nul ne le sait. Ni les travaux préparatoires, ni le texte de la loi n'y font même une allusion. Qu'induire de ce silence ? Sinon que vraisemblablement le législateur s'en est référé aux principes généraux du droit. Ce sont précisément ces principes que nous avons appliqués.

SECTION V

De la subrogation au droit de préférence au profit du tiers acquéreur

142. — La femme peut renoncer à son droit de préférence sur le prix de l'immeuble vendu au profit du tiers acquéreur ; elle peut y subroger un tiers quelconque ; elle peut aussi y subroger le tiers acquéreur lui-même. Nous avons passé en revue les deux premières hypothèses ; la troisième, que

(1) Journ. Off. Sénat. Déb. parl., séance du 6 fév. 1888.

nous allons examiner, fait l'objet du § 5 de la loi du 13 février 1889.

Ce paragraphe qui a déjà suscité de vives polémiques est ainsi conçu : « *Le concours ou le*
» *consentement donné par la femme, soit à un*
» *acte d'aliénation, contenant quittance totale ou*
» *partielle du prix, soit à l'acte ultérieur de quit-*
» *tance totale ou partielle, emporte même, à due con-*
» *currence, subrogation à l'hypothèque légale sur*
» *l'immeuble vendu, au profit de l'acquéreur vis-à-vis*
» *des créanciers hypothécaires postérieurs en rang ;*
» *mais cette subrogation ne pourra préjudicier aux*
» *tiers, qui deviendraient cessionnaires de l'hypo-*
» *thèque légale de la femme sur d'autres immeubles*
» *du mari, à moins que l'acquéreur ne se soit conformé*
» *aux prescriptions du paragraphe premier du présent*
» *article.* »

143. — La loi n'envisage dans cette disposition que la femme qui a déjà renoncé régulièrement à son hypothèque légale. Elle suppose que la femme s'est dépouillée du droit de suite dans les conditions prescrites par les paragraphes précédents : voilà la situation de fait en présence de laquelle s'est placé le législateur. En dehors d'elle, le paragraphe 5 ne trouverait pas d'application (1). Il importe de le remarquer dès le début, car le texte de la loi, pris à la lettre, pourrait conduire à des conséquences erronées. Comment est conçu le § 5 ? « *Le concours ou le*
» *consentement donné par la femme, soit à l'acte*
» *d'aliénation contenant quittance..., soit à l'acte*

(1) En ce sens : Escorbiac, p. 159 et suiv. ; Didier, op. cit. n° 15-16 juillet ; Tissier, n° 23, p. 651 et 652 ; Dalmbert, n° 18, p. 630.

» ultérieur de quittance..., emporte subrogation » à l'hypothèque légale ». A s'en tenir aux termes de la loi, la subrogation se produirait dans deux hypothèses bien distinctes, non-seulement dans le cas où la femme a concouru ou consenti à l'acte d'aliénation contenant quittance du prix, mais encore lorsque, sans être intervenue à la vente, la femme concourt ou consent ultérieurement à la quittance du prix. D'où les déductions suivantes : 1^o La femme en concourant uniquement à l'acte de quittance pourrait renoncer tout à la fois et à son droit de suite et à son droit de préférence, faire un abandon total de son hypothèque légale ; 2^o La loi nouvelle n'ayant défini dans son § 3 que le concours à l'acte d'aliénation et non à l'acte de quittance, dans cette dernière hypothèse un simple concours suffirait ; il ne serait nullement nécessaire que la femme prît dans la quittance la qualité de garante ou de caution : une signature apposée au bas de l'acte remplirait les exigences de la loi.

Mais cette interprétation, littérale assurément, n'a pour elle ni l'esprit de la loi, ni son économie, ni les travaux préparatoires. — La soutenir, ce serait tout d'abord mettre le législateur en contradiction avec lui-même. Dans les §§ 1 et 2 il entoure la renonciation au droit de suite de conditions rigoureuses et multiples : le simple concours est impuissant pour la produire ; il faut en outre un engagement de la part de la femme. S'agit-il de la perte de son droit de suite et de son droit de préférence, de l'anéantissement de son hypothèque légale tout entière ? Oh ! alors toute protection disparaît et

s'évanouit. C'est inadmissible et on aurait peine à concevoir une pareille inconséquence.

Dans une loi, qui mérite ce nom, tout se tient et s'enchaîne, et la place d'une disposition peut n'être pas indifférente pour rechercher la pensée de son auteur. Or, quel est dans la loi du 13 février 1889 l'enchaînement des idées. Dans les trois premiers alinéas il s'agit uniquement de la renonciation de la femme au point de vue du droit de suite : c'est la pensée maîtresse de la loi. On songe alors au droit de préférence, dont le maintien réclame une réglementation. Quels seront les causes, les formes et les effets de la renonciation et de la subrogation au droit de préférence : tel est l'objet des alinéas 4 et 5. Le droit de préférence fait son apparition et entre en scène dans le § 4. Pourquoi le § 5 ne continuerait-il pas le même ordre d'idées ? C'est encore le droit de préférence et le droit de préférence seul que le législateur a en vue.

Les travaux préparatoires le démontrent d'ailleurs avec évidence. C'est à la suite d'un amendement de M. Lacombe que le § 5 fut inséré (1). Pour M. Lacombe, le § 4 était conçu en termes trop généraux. Il n'est pas exact d'affirmer, disait-il, que la renonciation est toujours extinctive. Des hypothèses peuvent se présenter où l'extinction du droit de suite et du droit de préférence ne donne pas toute sécurité à l'acquéreur, notamment lorsque, lors de la renonciation, l'immeuble est grevé d'autres hypothèques, postérieures en rang à la femme. Il faut donc restreindre la portée du § 4, attribuer à la renonciation dans cette hypo-

(1) Journ. Off. Sénat, séance du 7 fév. 1888.

thèse un caractère translatif et accorder à l'acquéreur le bénéfice de la subrogation. La Commission du Sénat adopta pleinement les vues de M. Lacombe. Le rapport supplémentaire renferme, à cet égard, un passage décisif, qui indique très nettement le but de notre disposition. Après avoir signalé les difficultés que le § 4 a pour objet de résoudre, M. Merlin s'exprime ainsi : « Il est encore d'autres » difficultés en présence desquelles le maintien du » droit de préférence de la femme sur le prix » placera successivement la femme, l'acquéreur » et les créanciers inscrits. Supposons, en effet, » un immeuble du mari vendu avec le concours » de la femme, l'acte d'aliénation porte quittance » totale ou partielle du prix; il existe sur cet » immeuble des inscriptions conventionnelles ou » judiciaires. *L'acquéreur n'a plus à compter avec » l'hypothèque légale de la femme qui a renoncé » en sa faveur;* mais il a devant lui les créan- » ciers inscrits qui feront valoir sur l'immeuble » leur droit de suite, et qui tiendront d'autant » plus à l'exercer que l'hypothèque légale de la » femme ayant disparu, ils arriveront les premiers » en rang. De sorte qu'en réalité, dans cette » hypothèse, ce sont les créanciers inscrits qui » profiteront *de la renonciation de la femme*, et » ce, au préjudice de l'acquéreur, qui sera obligé » de payer deux fois. Le second amendement de » M. Lacombe a pour but de faire disparaître » l'injustice d'une semblable conséquence (1). » Ainsi ce n'est pas à l'hypothèque légale intégrale que l'acquéreur est subrogé, c'est au droit de

(1) Journ. Off. 1888; Sénat, annexe, n° 314.

préférence seul. Lorsqu'intervient la subrogation, la purge est complète, le droit de suite éteint; il ne reste plus que le droit de préférence qui devient l'unique objet de la subrogation. Et pourtant le § 5 paraît encore décider le contraire : « Le concours ou le consentement..... emporte » subrogation à l'*hypothèque légale*. » Il y a là un vice de rédaction qu'il suffit de signaler. Les explications que nous venons de fournir nous ont donné la véritable signification de ce texte (1).

144. — Le passage, qui précède, du rapport complémentaire au Sénat, nous fait connaître en même temps le motif juridique sur lequel repose la solution adoptée par la loi. Le concours au paiement, d'où résulte la subrogation, ne peut changer ni en mal, ni en bien, la situation des créanciers inscrits. Que cette convention ne puisse leur nuire, nous l'avons vu plus haut (§ 4 L. 13 fév. 1889 n° 138). Elle ne peut davantage améliorer leur position : c'est toujours en vertu du même principe *Res inter alios acta* (Art. 1165 Civ.). Autrement, qu'arriverait-il? L'acquéreur ayant payé la totalité ou une partie du prix, les créanciers hypothécaires postérieurs en rang poursuivraient l'expropriation de l'immeuble pour obtenir leur paiement et arguant de l'extinction des droits de la femme prétendraient être colloqués à l'ordre en première ligne. Il peut se faire alors que le tiers acquéreur soit exposé à perdre, non seulement l'immeuble, mais encore le prix ou la portion du prix payé. Et certes, il ne peut mériter le reproche d'avoir manqué de vigi-

(1) Escorbiac, p. 158 et suiv. ; Tissier, n° 23, p. 651 ; Didier, op. cit. n° 15-16 juillet 1889 ; Dalmbert, op. cit. n° 18, p. 360.

lance. N'avait-il pas, en effet, obtenu le concours de la femme au paiement du prix. De telle sorte que le tiers acquéreur, qui avait voulu se constituer une garantie, se verrait sacrifié; et la mesure de prudence qu'il avait prise se retournerait contre lui, profitant ainsi aux créanciers primés par la femme. Enlever, dans ce cas, à la renonciation tout effet translatif, c'eût été contraire à l'intention des parties qui avaient voulu tout ce qui était nécessaire à la sécurité de l'acquéreur.

145. — On a cru reconnaître dans la subrogation au droit de préférence une application pure et simple des principes contenus à l'art. 1251-2° Civ. Cet article dispose que la subrogation a lieu de plein droit « au profit de l'acquéreur d'un immeuble qui emploie le prix de son acquisition au » paiement des créanciers auxquels cet héritage » était hypothéqué. » Rien de plus naturel, a-t-on dit, que le paiement fait au mari du consentement de la femme emporte de plein droit, au profit de l'acquéreur, subrogation au droit de préférence; car, en réalité c'est à la femme que le paiement a été fait et avec des deniers sur lesquels elle avait un privilège: le § 5 était même inutile et fait double emploi avec l'article précité (1). Ce n'est pas là l'idée qui a inspiré le législateur: nous l'avons constaté quelques lignes plus haut. En dehors de cette raison tirée des travaux préparatoires, il en est une autre qui ne permet pas de se rallier à cette opinion. Sans doute si l'on compare la subrogation au droit de préférence au profit du tiers

(1) Escorbiac, p. 154 et 162.

acquéreur qui a payé et le paiement avec subrogation de l'art. 1251-2°, il existe une certaine similitude de résultats. Mais cette similitude n'est qu'apparente et les deux situations n'ont au fond rien de commun. Dans notre hypothèse le paiement est fait, non à la femme créancière hypothécaire, mais au mari. Nous ne sommes donc pas dans les conditions prévues par l'article 1251. A cette objection on a répondu par avance que la femme, en participant à la quittance, a ratifié le paiement, qui, par suite, est tout aussi valable que s'il avait été fait à elle-même. Malgré cela, l'objection reste entière. Ce qui démontre qu'en réalité le paiement n'a pas été fait à la femme et qu'il n'y a pas d'analogie entre les deux situations, c'est la raison suivante : tandis que la créance du créancier hypothécaire payé dans les conditions prévues par l'art 1251-2° est amoindri jusqu'à concurrence du prix reçu par lui, la créance en reprises de la femme, quoiqu'on ait pu dire au Sénat, n'est en rien diminuée. Seule la garantie hypothécaire est atteinte et la femme pourrait exercer son hypothèque légale sur les autres immeubles du mari pour le prix total de l'immeuble aliéné (1).

146. — Le caractère subrogatif, attaché à la renonciation de la femme, lorsqu'il existe sur l'immeuble aliéné des créanciers hypothécaires postérieurs en rang, n'avait jamais été mis en doute. Jusqu'en 1889 les auteurs, se basant aussi sur l'intention présumée des parties, admettaient

(1) Tissier, n° 23. — Cpr. Aubry et Rau, t. III, § 288 bis, p. 456, note 5.

sans difficulté que, dans ce cas, on doit considérer la renonciation comme translatrice « en ce sens, » que l'acquéreur qui, après avoir payé son prix, » se trouve obligé de purger ou de délaisser, » peut, dans l'ordre ouvert sur le mari, exercer à » l'encontre des créanciers postérieurs en rang à la » femme, les droits hypothécaires de celle-ci » (1). La renonciation était alors assimilée, quant à ses effets, aux cessions et subrogations ordinaires prévues par l'art. 9 de la loi du 23 Mars 1855. Est-ce à dire que la subrogation au droit de préférence visée par la loi nouvelle ait la même physionomie que les subrogations à l'hypothèque intégrale de l'article 9, et qu'elles soient dès lors soumises aux mêmes règles ? Non : cette conclusion serait inexacte (2). Car il ne paraît pas qu'avant la loi du 13 Février 1839, on se soit préoccupé de l'hypothèse où la subrogation intervenait postérieurement à la renonciation et ne portait que sur le droit de préférence. Cette dernière différence est capitale. A cet égard la subrogation du § 5 de la loi du 13 février 1889 est d'une nature toute spéciale : la femme doit avoir déjà renoncé régulièrement au moment de l'aliénation ou par acte séparé ; le droit de suite est éteint ; c'est le droit de préférence qui, seul, devient l'objet de la subrogation, subrogation résultant du concours de la femme à la quittance.

147. — De quel acte résulte la subrogation ? C'est le concours à la quittance du prix qui entraîne la

(1) Moulon, Tr. t. II, n° 977 ; Aubry et Rau, t. 3, § 288 bis, p. 470 ; Bertauld, n° 140.

(2) Tissier, n° 23 ; Voy. aussi Escorbiac, p. 167.

subrogation et cela dans tous les cas, sans qu'il y ait à distinguer si la quittance a été donnée en même temps que l'aliénation ou si elle a été donnée plus tard. C'est ce qui ressort des termes mêmes du § 5. Dans la première hypothèse, l'acte d'aliénation renferme deux conventions : l'une a pour objet la renonciation de la femme au droit de suite et doit pour être valable remplir les conditions requises par les alinéas 1 à 3 de la loi de 1889 ; l'autre a pour objet la renonciation au droit de préférence, et, sans y être soumise, elle participera forcément aux formes de la renonciation au droit de suite (1).

148. — A plus forte raison en est-il ainsi, lorsque la femme a consenti au paiement du prix par acte ultérieur, encore bien que l'acte de quittance soit sous seing privé. On a émis à ce sujet une opinion qui, à notre avis, doit être rejetée : Lorsque la quittance est sous seing privé, c'est l'acte authentique d'aliénation qui vaut subrogation. En effet, dit-on, la quittance n'a pas besoin d'être authentique ; or comme la subrogation ne peut résulter que d'un acte authentique, il est nécessaire que la subrogation s'opère à la date du premier acte (2). Nous ne saisissons pas bien la portée de cet argument. De deux choses l'une : ou la loi exige une quittance authentique et la quittance donnée contrairement à ses prescriptions est nulle et ne produit aucun effet ; ou la loi se contente de la forme sous seing privé et le consentement à la quittance a les mêmes effets que s'il était constaté par acte authentique. D'ailleurs, nous l'avons dit, c'est au concours donné à la quit-

(1) Dalmbert, p. 361, note 43 ; Tissier, n° 23, p. 651.

(2) Didier, op. cit. n° 15-16 juillet 1889.

tance et nullement au concours donné à l'acte d'aliénation que le texte de la loi attache l'effet subrogatif.

149. — FORMES DE LA SUBROGATION AU DROIT DE PRÉFÉRENCE. — Nous ferons comme la loi qui ne s'explique pas sur les formes de la subrogation et nous ne soumettrons pas la subrogation au droit de préférence à l'authenticité. Il n'y a aucune bonne raison de créer sur ce point des différences entre la subrogation au profit du tiers acquéreur et la subrogation au profit d'un tiers quelconque (1). Des auteurs cependant n'admettent pas cette manière de voir. Pour eux la subrogation ne saurait résulter d'un acte sous seing privé : La subrogation porte sur un droit hypothécaire de la femme et l'art. 9 de la loi de 1855 devient dès lors applicable (2). Ce système méconnaît la nature même de cette subrogation qui porte uniquement sur le droit de préférence. Le droit de préférence n'a jamais été un droit hypothécaire, le droit hypothécaire comprenant à la fois et le droit de suite et le droit de préférence. Pourquoi, au reste, ne pas imiter le silence du législateur qui n'exige aucune formalité.

150. — En ce qui concerne le concours ou le consentement de la femme à la quittance du prix, le paragraphe 5 n'a pas reproduit des limitations analogues à celles contenues au § 3 de la loi du

(1) Tissier, n° 24; Didier, op. cit. n° 15 juillet; Dalmbert, n° 20, p. 362.

(2) Baudry-Lacantinerie, t. III, n° 1241 bis; Escorbiac, p. 162. M. Escorbiac, après avoir soutenu l'opinion que nous combattons, ne dit-il pas lui-même (p. 167) que la loi nouvelle a créé une situation juridique nouvelle et imaginé une subrogation qui ne ressemble en rien aux subrogations prévues par la loi du 23 mars 1855.

13 février 1889. Il met le concours à l'acte et le consentement sur la même ligne et leur attribue des effets identiques. La présence effective à l'acte n'est donc pas nécessaire. La femme pourra donner son adhésion au paiement par procuration. C'est le droit commun : à moins d'une dérogation formelle dans la loi, on peut toujours s'obliger par mandataire.

151. — CONDITIONS DE PUBLICITÉ. — Pour être opposable aux tiers, la subrogation au droit de préférence est-elle assujettie à certaines conditions de publicité? La réponse donnée par la loi du 13 février 1889 (§ 5) varie suivant les cas. Le texte distingue deux hypothèses : 1° L'acquéreur invoque la subrogation contre des créanciers hypothécaires postérieurs en rang à la femme, qui lors de la subrogation avaient déjà hypothèque sur l'immeuble. — 2° Il l'invoque contre des tiers devenus cessionnaires de l'hypothèque légale de la femme, après l'aliénation, sur d'autres immeubles que l'immeuble aliéné. — Une troisième hypothèse est possible : le tiers acquéreur se prévaut de la subrogation contre des tiers devenus cessionnaires du droit de préférence sur l'immeuble vendu.

152. — I. L'acquéreur invoque la subrogation contre des créanciers hypothécaires postérieurs en rang à la femme qui, au moment de la subrogation, avaient déjà hypothèque sur l'immeuble : Alors, pas de publicité. — « La subrogation, dans ce cas, » est-il écrit dans le rapport supplémentaire au » Sénat, peut s'accomplir de plein droit et sans » aucune formalité de publicité, le contrat intervenu » entre la femme et l'acquéreur ne modifiant pas

» la situation des créanciers inscrits. » Cette solution mérite d'être approuvée. Ces créanciers qui, lors de la subrogation, avaient déjà hypothèque sur l'immeuble, n'ignoraient pas, lorsque l'immeuble leur a été donné en garantie, qu'il était grevé de l'hypothèque légale. Cette hypothèque pouvait leur être opposée, tout en étant occulte. La subrogation ne change d'aucune façon leur situation ; il n'ont aucun intérêt à voir la subrogation rendue publique. Pour exiger cette publicité, il faudrait une disposition formelle, l'art. 9 de la loi du 23 mars 1855 étant ici inapplicable. En effet, n'ayant aucun intérêt à se prévaloir du défaut de publicité, ces créanciers hypothécaires postérieurs en rang ne sont pas des *tiers* dans le sens de cet art. 9 : l'art. 9 ne vise que les rapports entre subrogés successifs (1).

153. — II. L'acquéreur oppose la subrogation à des cessionnaires ultérieurs de l'hypothèque légale sur *d'autres immeubles du mari que l'immeuble, objet de l'aliénation*.

Est-il nécessaire qu'il rende publique la subrogation faite à son profit ? Et quelles sont les mesures de publicité qu'il doit accomplir ? Cette question a déjà fait naître de graves divergences parmi les auteurs.

154. — A. Suivant un premier système, le tiers acquéreur n'a nul besoin de faire inscrire la subrogation. Si le § 5 de la loi du 13 février 1889 en visant

(1) En ce sens : Escorbiac, p. 163 ; Didier, op. cit. n° 15-16 juill. 1889 ; Dalmbert, n° 20, p. 363. Cpr. Troplong. De la transcription, n° 341 et 342. — *Contra* : Baudry-Lacantinerie, n° 1241 bis, p. 735. M. Baudry ne tient compte ni de la distinction faite par le texte de la loi ni des déclarations très catégoriques du rapporteur au Sénat.

dans ses derniers mots l'art. 9 de la loi du 23 mars 1855 (1) semble assujettir l'acquéreur à cette formalité; c'est là une considération à laquelle il ne faut pas s'arrêter. Car on s'aperçoit bientôt que le texte, dans sa teneur, est absolument inapplicable. Dans l'hypothèse prévue par le § 5, l'acquéreur n'a aucun intérêt à rendre publique la subrogation; la publicité qu'il accomplirait serait totalement inutile: « Cette » subrogation, dit la loi du 13 février 1889, ne pourra » préjudicier aux tiers qui deviendraient cession- » naires de l'hypothèque légale de la femme *sur* » *d'autres immeubles du mari*, à moins que l'acqué- » reur ne se soit conformé aux prescriptions du § 1 » du présent article ». Voici la situation: la femme, après avoir subrogé l'acquéreur dans son hypothèque légale subroge des tiers dans la même hypothèque, mais sur d'autres immeubles. Fractionnant son hypothèque légale, elle la cède à l'un sur l'immeuble A, à l'autre sur l'immeuble B; elle donne à chaque subrogé pour garantie de leur créance un immeuble spécial et distinct. Or, lorsque la loi organise une publicité quelconque, c'est dans le but de saisir un tiers d'un droit qui lui a été cédé à l'encontre de personnes qui ont des droits sur le même objet. Toute publicité suppose un conflit possible: de là vient sa raison d'être. C'est ce conflit, base essentielle de toute publicité, qui fait absolument défaut dans l'hypothèse indiquée par le § 5. Il ne peut jamais

(1) Cela résulte sans aucun doute des travaux préparatoires. — A cet égard le § 5 *in fine*, est encore rédigé d'une façon défectueuse. Que l'on relise en entier la loi du 13 févr. 1889? Ne commence-t-elle pas par ces mots: « *Article unique* ». Grammaticalement l'expression « présent article » du paragraphe 5, fait allusion au § 1 de la loi du 13 fév. 1889 et non au § 1 de l'art. 9 de la loi de 1855.

y avoir opposition d'intérêts entre l'acquéreur subrogé au droit de préférence sur un immeuble et les cessionnaires de l'hypothèque légale sur d'autres immeubles. L'hypothèse possible était celle de cessions ultérieures du droit de la femme sur l'immeuble *vendu*. Quant à celle prévue par la loi, elle ne recevra pas d'application : pourquoi l'acquéreur remplirait-il une formalité destinée à prévenir un péril imaginaire ?

Il est donc indéniable que le texte de la loi renferme une inexactitude. Peut-on, au moins, ajoutent les partisans de ce système, en prenant comme guide les travaux préparatoires, corriger cette inexactitude et réparer cette erreur ?

Le paragraphe 5 est dû à un amendement de M. Lacombe. Mais l'article additionnel qu'il avait proposé était rédigé d'une toute autre façon que le § 5 actuel. Il était ainsi conçu : « Le concours de la femme » et son consentement au paiement total ou partiel » du prix emporte au profit de l'acquéreur et à due » concurrence, subrogation à l'hypothèque légale, » *mais seulement sur l'immeuble vendu* et à charge » par lui de se conformer aux prescriptions du » § 1 du présent article. » On visait donc bien les renonciations subrogatives au profit de l'acquéreur pour exiger leur publicité à l'égard des cessionnaires que la femme pourrait plus tard investir de ses droits sur l'immeuble aliéné. Or, cette situation, la seule vraie, était également celle qu'avait envisagée la Commission du Sénat, puisqu'elle voulait faire droit aux observations de M. Lacombe (1). Le § 5 de la loi du 13 février 1889

(1) Journ. Off. Sénat, séance du 7 fév. 1888. Déb. parl.¹, p. 122-123.

prévoit, quant à lui, une hypothèse absolument différente.

Si l'on pouvait voir dans cette rédaction du § 5 le résultat d'une inadvertance de la part du législateur, peut-être serait-il permis d'interpréter le texte, en supposant l'amendement Lacombe inséré dans la loi sous sa forme première. Mais à cela il y a un obstacle insurmontable. Ce n'est pas seulement la rédaction qui a été modifiée ; ce sont les motifs eux-mêmes de la disposition qui ont changé. Entre le dépôt de l'amendement Lacombe et le rapport supplémentaire au Sénat, le point de vue sous lequel le législateur avait envisagé la question s'est déplacé et elle a pris un autre aspect ; il est donc impossible de mettre ces changements sur le compte d'une erreur involontaire (1). Voici en effet ce qu'on lit dans le rapport supplémentaire de M. Merlin : « Il est un cas cependant, où » la condition de publicité exigée par le premier § » de l'art. 9 devra être imposée à l'acquéreur ; *c'est* » *celui où l'hypothèque légale de la femme grève* » *d'autres immeubles du mari que l'immeuble vendu* » avec le concours de la femme. La femme alors » reste libre de traiter *de cette hypothèque à laquelle* » *elle n'a pas renoncé* ; elle peut la céder ou y » subroger ; mais on comprend que la *créance* que » l'hypothèque générale était destinée à garantir » *se trouve réduite* de la somme représentant le prix » ou la portion du prix de l'immeuble vendu au » paiement duquel elle a consenti, et que, dès lors, » elle ne peut, sans tromper les tiers avec lequel elle » traitera, lui céder *qu'une garantie correspondante*

(1) Tissier, n° 25, p. 654 et 655.

» à ce qui lui resté effectivement dû sur sa créance.
» Mais comment le tiers sera-t-il averti de la situa-
» tion, si ce n'est par l'accomplissement des forma-
» lités de publicité prescrites par le § 1 de l'art. 9? »
La rédaction définitive du § 5 est, sans aucun doute, le résultat d'une volonté arrêtée puisque ses termes ne sont que la reproduction de ceux employés par le rapporteur, et s'ils sont inexacts, cela tient à l'inexactitude même des motifs qui ont inspiré le législateur (1).

En effet, il n'est point vrai d'affirmer que le paiement fait au mari du consentement de la femme va réduire la créance en reprises de la femme : les droits et créances de la femme ne subissent aucune diminution ; la garantie hypothécaire seule est entamée et amoindrie jusqu'à concurrence du prix payé ; quant aux créances, elles subsistent entièrement et peuvent s'exercer hypothécairement sur d'autres immeubles que l'immeuble vendu pour le prix versé. Il ne faut pas confondre entre la subrogation elle-même et l'exercice de cette subrogation, sa mise en œuvre. Le fait seul du versement du prix entre les mains du mari du consentement de la femme, qui produit la subrogation, n'épuise pas les créances et reprises de la femme. C'est *l'exercice* de la subrogation qui peut opérer cette réduction. Il faut que le subrogé ait effectivement agi au nom de la femme et se soit fait colloquer en ses lieu et place pour le montant de ses reprises. C'est seulement alors que le droit des reprises est réellement épuisé. A quoi bon, dès lors, avertir les

(1) Tissier, op. et loc. cit.

tiers d'une diminution des reprises lorsqu'elle ne s'est pas produite et qu'elle peut ne pas se produire (1).

Voici pourtant, ajoutent ceux qui soutiennent ce système, quelle a pu être la pensée du législateur et l'hypothèse qu'il a eue, sans doute, en vue. Si le tiers acquéreur se trouve avoir déjà exercé les droits de la femme, lorsque les cessionnaires ultérieurs de l'hypothèque légale sur les autres immeubles voudront s'en prévaloir, il est certain que ceux-ci subiront un préjudice causé par la réduction des créances de la femme. C'est ce préjudice éventuel contre lequel nous voulons prémunir le cessionnaire, en obligeant le tiers acquéreur à remplir les formalités de l'art. 9 de la loi de 1855 : le cessionnaire sera ainsi averti du danger qui, par suite, peut le menacer (2). Cette explication est évidemment très raisonnable en elle-même et elle a le mérite de cadrer avec le texte de la loi.

Mais, continuent ceux-là même qui l'ont trouvée, elle n'est pas sans soulever de graves objections. Si les cessionnaires agissent les premiers et épuisent les droits de la femme sur les immeubles auxquels ils sont subrogés, dans ce cas c'est le tiers acquéreur qui pourra être lésé. Ce serait en outre créer des distinctions inexplicables entre les cessionnaires postérieurs à la subrogation du tiers acquéreur et les cessionnaires antérieurs. Ces derniers, quoique leurs cessions soient antérieures en date à celle

(1) Tissier, n° 25, p. 655; Dalmbert, n° 20, p. 363. — Voy. cependant Didier, n° 15-16 juillet 1889.

(2) Tissier, op. et loc. cit.

de l'acquéreur, sont exposés au même danger du moment qu'il s'agit d'immeubles distincts : eux aussi verront nécessairement leurs droits diminuer, si les reprises de la femme sont exercées avant eux par un tiers subrogé sur un autre immeuble. D'ailleurs, tous les jours des faits ne peuvent-ils pas s'accomplir, paiement, emploi, collocation dans un ordre ou distribution, etc., qui amoindrissent la créance de la femme et qui n'ont pas plus à être portés à la connaissance des tiers que les faits nombreux qui tendent à chaque instant à accroître cette créance (1).

Bien plus ! à supposer même que telle soit véritablement la pensée du législateur, sa tentative est vaine et son but ne sera pas atteint. La disposition dernière du § 5, en effet, n'a pas de sanction. C'est là la pierre d'achoppement, contre laquelle se heurte inéluctablement le système de la loi de 1889 si on l'interprète littéralement. L'acquéreur ne s'astreindra jamais à accomplir des formalités qui n'ont, pour lui, aucun intérêt. On ne peut concevoir de conflit possible entre l'acquéreur de l'immeuble vendu et les cessionnaires ultérieurs de l'hypothèque légale sur d'autres immeubles. Si un ordre s'ouvre sur le prix de cet immeuble, ils sont non recevables à contester la demande en collocation de cet acquéreur et à le contredire. L'ordre étant la distribution du prix d'un immeuble entre les créanciers privilégiés et hypothécaires suivant l'ordre de leurs créances ou inscriptions, il ne saurait exister de litige qu'entre créanciers ayant des droits hypo-

(1) Tissier, n° 25, p. 655 et 656.

thécaires ou privilégiés sur le même immeuble (1).

155. — B. Voulant, coûte que coûte, faire produire quelque effet à la partie finale du § 5 de la loi du 13 février 1889, on a cherché d'autres explications. C'était s'exposer à tomber dans l'arbitraire. Aussi les systèmes que nous allons maintenant passer en revue ont-ils tous ce défaut commun de s'écarter à la fois et du texte et de l'esprit de la loi.

Pour certains commentateurs, l'acquéreur doit se conformer aux prescriptions du § 1 de l'art. 9 de la loi du 23 mars 1855, c'est-à-dire rendre publique la subrogation par une inscription. Pour concevoir alors l'utilité de la règle édictée par le législateur de 1889, il faut supposer que la loi vise le cas où la femme cède à des tiers non pas son hypothèque légale sur tel ou tel immeuble autre que l'immeuble vendu, mais l'*intégralité* de cette hypothèque, de telle sorte qu'elle céderait, par le fait même, son droit de préférence sur l'immeuble aliéné. De cette façon, un conflit naît nécessairement entre le tiers acquéreur et les cessionnaires : leurs droits portant sur le même immeuble. Le but de la publicité imposée à l'acquéreur serait double : avertir les tiers de l'amoindrissement du gage hypothécaire qui ne comprend plus le prix de l'immeuble vendu et protéger, en même temps, l'acquéreur contre les cessionnaires postérieurs de l'hypothèque *générale* de la femme qui pourraient venir l'inquiéter et le

(1) En ce sens : Tissier, n° 25, p. 656; Dalmbert, n° 20, p. 363 et suiv. — Cpr. Escorbiac, p. 163 et suiv. — Didier, n° 15-16 juillet 1889. — De l'Epine. Rev. Not. art. 8348, p. 476.

forcer à payer deux fois, s'il avait négligé d'inscrire sa cession (1). Sans doute, avouent ceux qui avancent cette explication, il est évident que cette situation n'est pas celle prévue par le texte de la loi. Mais le texte étant inapplicable au pied de la lettre, force est bien de l'abandonner.

Contraire au texte, ce système peut-il au moins se réclamer de l'esprit de la loi? Pas davantage, à notre sens. Le rapport supplémentaire de M. Merlin au Sénat qui constitue dans la circonstance un véritable exposé des motifs, n'envisage pas l'hypothèse où il survient une cession générale de l'hypothèque légale de la femme, mais bien une cession partielle, c'est-à-dire, pour employer les termes mêmes de ce rapport, qu'il s'agit seulement du cas « où la femme » traite de l'hypothèque légale *à laquelle elle n'a pas » renoncé* ».

Comment d'ailleurs cette inscription sera-t-elle prise? De quelle façon régler le mécanisme nécessité par la disposition de la loi? Toutes questions délicates, devant lesquelles reculent les partisans du système précédent et qu'ils laissent sans réponse (2).

156. — C. D'autres se sont appuyés sur le second rapport de M. Bernier à la Chambre des députés, qui analyse ainsi le § 5 de la loi du 13 février : « Cet » alinéa explique que la subrogation qui s'opère de » plein droit sur l'immeuble vendu, ne peut préjudicier aux tiers qui deviendraient cessionnaires de » l'hypothèque légale sur d'autres immeubles du » mari, à moins que l'acquéreur ne se soit conformé » aux prescriptions de l'art. 9 actuel de la loi de

(1) En ce sens : Escorbiac, p. 164. Voy. aussi Delalande. France judiciaire 1889, p. 83, cité par de l'Epine. Rev. Not., art. 8348, p. 705.

(2) Escorbiac, p. 167.

» 1855. Votre Commission..... reconnaît que le
» Sénat en déclarant l'acquéreur subrogé de plein
» droit à l'hypothèque légale de la femme sur
» l'immeuble vendu, et *en admettant pour lui la*
» *nécessité de se faire subroger à cette hypothèque sur*
» *les autres immeubles du mari à la charge d'inscrire*
» *cette subrogation*, ne porte aucune atteinte au prin-
» cipe du projet de loi ni à ceux du droit commun
» tout en édictant des mesures sages et utiles à
» l'acquéreur » (1). Nous sommes loin, comme on
le voit, non seulement de l'amendement Lacombe,
car nous savons ce qu'il en est advenu, mais des
termes mêmes du § 5 et des explications fournies
par M. Merlin au Sénat. En présence de pareilles
divergences nées au sein même des Chambres légis-
latives, rien d'étonnant que les commentateurs
s'égarent et fassent fausse route dans l'interprétation
de la dernière partie du § 5. Voici quelle serait la
pensée de M. Bernier et le sens qu'il faudrait donner
à cette disposition de la loi du 13 février 1889 :
l'acquéreur juge-t-il que la subrogation à l'hypo-
thèque légale créée à son profit par la loi sur
l'immeuble vendu ne peut suffire à sa sécurité et
veut-il, par suite, être *subrogé* dans l'effet de l'hypo-
thèque légale de la femme *sur d'autres immeubles*
du mari, il devra inscrire cette dernière subrogation
sur les autres immeubles (2). Nous ne ferons à cette
interprétation qu'un seul reproche, suffisant il est
vrai, pour la rejeter : c'est d'être en contradiction
flagrante avec le texte de la loi et le rapport supplé-

(1) Rapport de M. Bernier à la Chambre des Députés, 27 nov. 1888. Journ. Off. Annexe, n° 3251.

(2) Circulaire du Comité des Notaires des Départements, n° 211, p. 523, Observations de M. Brusset, vice-président.

mentaire de M. Merlin au Sénat. Il est hors de conteste que la subrogation à l'hypothèque légale dont bénéficie de plein droit le tiers acquéreur en vertu du § 5 est une subrogation *partielle*, restreinte à l'hypothèque légale qui frappe l'immeuble vendu. M. Bernier et ceux qui partagent sa manière de voir le reconnaissent (1). Ce principe une fois posé, si la loi ne confère pas *de plano* au tiers acquéreur, par suite du concours de la femme au paiement, la subrogation à l'hypothèque légale sur les autres immeubles, cette subrogation ne peut résulter que d'une *convention* intervenue entre la femme et le tiers acquéreur. Est-ce à une subrogation de ce genre que se réfère le texte du § 5 ? Mais encore une fois, ce paragraphe ne prévoit que la subrogation qui s'opère de plein droit et porte uniquement sur l'immeuble vendu ! Quant au rapport supplémentaire du Sénat, il ne renferme aucune allusion à une subrogation conventionnelle. Cette hypothèse ne pouvait, d'ailleurs, soulever aucune difficulté et quelle utilité aurait eue ce rappel aux règles du droit commun ?

157. — D. Ces deux derniers systèmes, se plaçant en dehors de l'hypothèse strictement prévue par le législateur de 1889, ne sauraient être admis.

Pour nous, la disposition qui forme la partie finale du § 5 de la loi du 13 février 1889, doit s'entendre de la manière suivante : Dans le cas où l'hypothèque légale de la femme frappe d'autres immeubles que l'immeuble vendu et lorsque la renonciation par la femme à son hypothèque légale sur cet immeuble, entraîne subrogation au droit

(1) Circulaire précitée, loc. cit.

de préférence au profit du tiers acquéreur, subrogation qui porte uniquement sur l'immeuble vendu, ce tiers acquéreur, pour pouvoir opposer cette subrogation aux cessionnaires ultérieurs de l'hypothèque légale sur *les autres immeubles du mari*, sera tenu de faire inscrire sur tous ces immeubles la subrogation opérée à son profit, conformément au § 1^{er} de l'art. 9 de la loi du 23 Mars 1855. (§ 5, 2^e partie. L. 13 février 1889).

Les partisans du système que nous avons exposé en premier lieu (voy. *suprà* n° 154) rejettent cette solution comme inapplicable et sans objet. A leurs yeux, la loi du 13 février 1889, dans cette disposition, prévoit une situation irréalisable et un conflit impossible ; elle constitue un véritable nonsens. Nous ne croyons pas que le législateur de 1889 ait commis cette erreur, qui serait étrange, et mérite le reproche, vraiment grave, d'avoir voulu résoudre une difficulté dont le caractère chimérique ne pouvait échapper à personne. Toute bonne interprétation doit partir de ce point de vue, que le législateur a eu dessein de faire une œuvre raisonnable, sinon utile. Ecarter un texte de loi, sous le prétexte qu'il n'a ni raison d'être, ni application possible, est un procédé auquel on ne doit recourir que forcé et contraint et à la dernière extrémité.

En ce qui concerne le § 5 *in fine* de la loi de 1889, ce système est d'autant moins admissible, qu'il n'est imposé ni par le texte, ni par les motifs même de cette disposition tels qu'ils nous paraissent ressortir du rapport supplémentaire de la commission du Sénat.

158. — Tout en restant dans les termes de la loi et nous appuyant sur le passage déjà cité et tant discuté de ce rapport, voici, à notre tour, l'explication que nous proposons, explication qui laisse à cette disposition de la loi de 1889 une certaine sphère d'application et sa raison d'être.

Prenons un exemple. Une femme apporte en dot 100,000 francs. Son mari est propriétaire de deux immeubles A et B. Il vend un de ses immeubles, A, pour le prix de 50.000 francs ; la femme renonce au profit du tiers acquéreur et à son droit de suite et à son droit de préférence sur l'immeuble vendu. Comme il y a des créanciers hypothécaires postérieurs en rang à la femme, cette renonciation est subrogative (§ 5 L. 13 février 1889). Que se passe-t-il alors et quel est l'effet de cette subrogation ? C'est de *transporter* au profit du tiers acquéreur le droit de préférence de l'hypothèque légale de la femme, de telle sorte qu'il sera autorisé à faire colloquer sa propre créance, au rang de la femme subrogeante. A quel titre le tiers acquéreur est-il subrogé, si ce n'est comme créancier du mari par suite de la garantie d'éviction que ce dernier lui doit (1). Dès lors, du jour du contrat de subrogation jusqu'à la réalisation, la femme perd le rang et l'utilité de son hypothèque légale pour une part de ses reprises correspondant à la créance subrogée (50.000 francs) et pour que le tiers acquéreur puisse faire valoir la subrogation à un moment donné, quand le besoin s'en fera sentir, la femme s'interdit par là même d'aliéner

(1) Dalmbert, op. cit. n° 20, p. 363.

directement son droit, dans la limite du prix consenti. Sans cela la subrogation au profit du tiers acquéreur pourrait n'être qu'une convention illusoire. Le droit de la femme devient en quelque sorte *indisponible pour la part de ses créances correspondant au prix de l'immeuble vendu* (1). De l'ensemble du passage du rapport supplémentaire au Sénat, il ressort incontestablement, à notre avis du moins, que c'est à ces effets de la subrogation qu'on a fait allusion et que c'est en ce sens seulement qu'il faut interpréter les paroles du rapporteur de la commission, à savoir « que la créance que l'hypothèque générale était » destinée à garantir se trouve réduite de la somme » représentant le prix ou la portion du prix de » l'immeuble vendu », et que « la femme ne peut, » sans tromper le tiers avec qui elle traitera, lui » céder qu'une garantie correspondante à ce qui » lui reste effectivement dû sur sa créance ».

Ceci posé, ultérieurement à cette subrogation, la femme traite avec un tiers de son hypothèque légale sur les autres immeubles, sur l'immeuble B. Comment ce tiers saura-t-il que la femme, en réalité, ne peut plus disposer de son hypothèque légale, en tant qu'elle remonte au jour du mariage, de son hypothèque *générale*, pour employer les expressions du Rapport, que jusqu'à concurrence des 50,000 fr. restant dus sur la créance que cette hypothèque générale était destinée à garantir. Si la femme laisse le cessionnaire ultérieur dans la croyance que l'hypothèque légale, dans l'effet de laquelle il est subrogé sur l'immeuble B, est utile pour les 100,000 francs

(1) Cpr. Mérignhac, op. cit., n° 20, p. 69.

à dater du jour du mariage, il se peut faire qu'il éprouve une déception et un préjudice. Voici, en effet, ce à quoi il peut s'attendre. Sur les poursuites des créanciers hypothécaires postérieurs en rang à la femme, un ordre s'ouvre sur le prix de l'immeuble A. Le tiers acquéreur se fait colloquer pour le prix de l'immeuble, il réalise alors la subrogation consentie à son profit. La femme voit s'épuiser son droit de préférence; elle perd dans la limite de la collocation obtenue par l'acquéreur le *rang* de son hypothèque légale qui prenait date au jour du mariage (1). De sorte que, si, dans la suite, le cessionnaire sur l'immeuble B voulait, de son côté, exercer aussi sur cet immeuble B les droits de sa subrogeante, il n'aurait une hypothèque légale datant du jour du mariage que pour 50,000 francs. Par l'effet de la réalisation de la subrogation accordée au tiers acquéreur, l'hypothèque générale qui était destinée à garantir la créance en reprises de la femme s'est transformée en une série d'hypothèques spéciales, c'est-à-dire s'échelonnant à des dates différentes (art. 2135 Civ.). Et, à cet égard, il importe peu que les subrogations concédées portent sur des immeubles distincts, « S'il en était autrement, l'hypothèque légale produirait alors, en réalité, deux fois son effet, au détriment des droits acquis au moment de la subrogation » (2). — C'est *contre ce préjudice* et les fraudes qui peuvent le causer et le faciliter, que le législateur a voulu prémunir le tiers cessionnaire en édictant la formalité de l'inscription.

(1) Mérygnac, no 107. p. 186. — Cpr. Dalmbert, no 20, p. 363.

(2) Mérygnac, no 107, p. 186.

Cette explication de la dernière moitié du § 5 se rapproche quelque peu du système que nous avons exposé en premier lieu. Comme lui, elle est esclave du texte, mais en même temps elle nous semble plus en harmonie avec la pensée des auteurs de la disposition.

159. — Malgré cela, nous estimons que le législateur a exagéré le préjudice que pouvait entraîner pour le cessionnaire ultérieur cette situation assez complexe. Ce préjudice n'est qu'éventuel. Il ne faut pas oublier, en effet, que la femme qui a subrogé pour une dette du mari, ce qui est notre cas, ne perd pas ses reprises même dans la mesure où la subrogation se réalise, et sous ce rapport, nous sommes forcé de le reconnaître, les termes employés par le savant rapporteur de la Commission du Sénat manquent de précision. La femme reste créancière pour la totalité de ses reprises, puisque c'est la dette du mari qui a été payée et elle aura le droit de se faire colloquer hypothécairement dans les ordres qui s'ouvriront sur les autres immeubles (1). Ce qu'elle a perdu, c'est sa garantie hypothécaire dans la limite de l'allocation accordée au tiers acquéreur. Seulement, et ceci est important, sa créance totale qui continue de subsister, sera garantie, dans notre espèce, partie par une hypothèque datant du jour du mariage, partie par une nouvelle hypothèque, résultant de la subrogation et née le même jour (art. 2135-3° Civ.) (2). Le cessionnaire ultérieur pourrait

(1) Mérygnac, n° 105, p. 183.

(2) Mérygnac, n° 21 et n° 108.

donc, le cas échéant, exercer sur les autres immeubles les droits de la femme en vertu de cette nouvelle hypothèque. La réalisation de sa subrogation ne serait alors que retardée : il ne subirait de véritable préjudice que dans l'hypothèse où cette nouvelle hypothèque légale de la femme serait primée par des créanciers hypothécaires antérieurs en date et absorbant la valeur des immeubles.

D'un autre côté, si le tiers acquéreur ne réalise jamais la subrogation effectuée à son profit, cette subrogation s'évanouit et le droit de préférence retourne à la femme sans avoir subi aucune atteinte (1). Dans ce cas également le tiers cessionnaire n'aurait aucun danger à courir.

160. — Le système adopté par la loi du 13 février 1889 présente, en outre, au point de vue pratique, de sérieuses difficultés que nous ne faisons que signaler :

1^o L'acquéreur doit prendre inscription sur tous les autres immeubles du mari. Mais il peut ignorer que le mari possède actuellement d'autres immeubles. Ce n'est pas tout encore. Comment et par qui sera-t-il averti que le mari fait de nouvelles acquisitions d'immeubles ? A moins de n'être pas en sécurité, il devra donc se tenir au courant de chaque acquisition.

2^o En supposant que l'acquéreur connaisse les immeubles du mari, et que ces immeubles soient situés dans des arrondissements divers, il devra requérir inscription dans tous les bureaux d'hypothèques. D'où de nouveaux frais qui peuvent devenir

(1) Mérignhac, n^o 22.

assez élevés, si le mari a des propriétés nombreuses et disséminées un peu partout, frais qui se renouvelleront tous les dix ans.

Ce sont là, assurément, de sérieux inconvénients, inconvénients qui ne nous semblent pas suffisamment compensés par l'utilité que le tiers acquéreur pourra retirer de l'observation des prescriptions de la loi du 13 février 1889. Dans la plupart des cas, l'inaccomplissement des formalités prescrites par le § 5, n'aura aucune sanction au détriment du tiers acquéreur: Vis-à-vis des créanciers hypothécaires postérieurs en rang, il n'a rien à redouter, la transcription suffit. Il en est de même vis-à-vis du cessionnaire ultérieur de l'hypothèque légale sur les autres immeubles, si le tiers acquéreur exerce le premier les droits de la femme. Un ordre s'ouvre sur le prix de l'immeuble aliéné; le tiers acquéreur produit pour le prix de l'immeuble. De quel droit et à quel titre le cessionnaire ultérieur subrogé sur les autres immeubles interviendrait-il pour contester la production du tiers acquéreur. Il ne peut attaquer la subrogation de ce dernier comme faite en fraude de ses droits, puisqu'elle est antérieure à la sienne et il est toujours de principe que le subrogé ne peut être colloqué au rang de l'hypothèque légale, que sur le prix des immeubles grevés de sa subrogation.

161. — Là doivent s'arrêter les justes critiques qu'il convient d'adresser au législateur. Et en effet, étant données les explications que nous venons de fournir sur la disposition finale du § 5 de la loi du 13 février 1889, il est facile de voir combien il est trop absolu de prétendre que les auteurs de cette disposition ont fait une œuvre vaine,

dénuée de sanction, et qu'il ne peut naître d'opposition d'intérêts ni de conflit entre le tiers acquéreur et le cessionnaire ultérieur de l'hypothèque légale sur d'autres immeubles (1). Voici de quelle façon et dans quelle hypothèse le texte final de l'alinéa 5 de la loi du 13 février 1889 aura une sanction et comment le tiers acquéreur pourra se trouver lésé en négligeant de se conformer aux prescriptions de cet alinéa. Il faut supposer pour cela que le cessionnaire réalise la subrogation avant le tiers acquéreur et excipe le premier de l'hypothèque légale de la femme remontant au jour du mariage, pour la totalité des créances de la femme. En l'absence de la disposition de la loi nouvelle, quels auraient été les droits du tiers acquéreur subrogé ? Il aurait eu incontestablement la faculté d'attaquer cette subrogation comme faite en fraude de ses droits et de la faire considérer comme non avenue, à son égard, dans les limites où elle lui portait préjudice (2). Et pour cela, il ne lui eut pas été nécessaire d'avoir pris auparavant inscription, l'article 9 de la loi du 23 mars 1855 ne visant que le cas de subrogations successives sur un même immeuble.

Nous l'avons expliqué plus haut et en ceci nous ne faisons que nous répéter : la femme en aliénant au profit du tiers acquéreur son droit de préférence jusqu'à concurrence du prix de l'immeuble vendu, s'interdit par cela même d'aliéner dans cette limite, par un acte direct et spontané, son droit d'hypothèque légale. Il est nécessaire,

(1) Voy. *suprà*, n° 154.

(2) *Mérignhac*, n° 20, p. 69.

lorsque la subrogation du tiers acquéreur se réalisera, que la femme soit créancière de son mari pour une somme au moins égale à la créance subrogée. C'est ce droit d'attaquer la subrogation ultérieure de la femme à son hypothèque légale sur d'autres immeubles pour la totalité de ses créances que la loi du 13 Février 1889 a enlevé au tiers acquéreur, *à moins qu'il n'ait fait inscrire la subrogation faite à son profit*. Faute d'inscription, le cessionnaire ultérieur pourrait se faire colloquer pour la totalité des créances de la femme dans un ordre ouvert sur les autres immeubles. C'est ce qui nous semble résulter du texte même de l'alinéa 5 *in fine* : « Mais cette subrogation » ne pourra *préjudicier* aux tiers qui deviendraient » cessionnaires de l'hypothèque légale de la » femme sur d'autres immeubles du mari, à » moins que l'acquéreur ne se soit conformé aux » prescriptions du paragraphe premier du présent » article ».

162. — Il est temps de conclure. En ce qui nous concerne, nous croyons que cette dernière disposition de la loi du 13 Février 1889 doit recevoir son application. Dans son texte, comme dans ses motifs, elle vise une difficulté qui peut se présenter et qui est réelle. Il ne faut donc point la considérer comme lettre morte. Est-ce à dire qu'elle aura une portée pratique sérieusement efficace et qu'elle n'est point sans soulever de graves inconvénients ? Nous avons donné également notre sentiment à cet égard. Ce sera au tiers acquéreur à envisager la situation en fait et à se rendre compte si la sécurité qui résultera

pour lui de l'accomplissement des formalités prescrites par la loi, le dédommagera des frais qu'elles nécessiteront.

163. — III. — Que décider dans le cas où l'acquéreur se trouve en présence de cessionnaires ultérieurs de l'hypothèque légale sur l'immeuble vendu ? Doit-il, pour être saisi vis-à-vis d'eux, remplir certaines conditions de publicité ?

Tout d'abord la loi du 13 février 1889 est inapplicable. Le § 5 n'a pas trait à cette hypothèse. C'était celle qu'au début on voulait prévoir ; puis on l'a oubliée. — Cet oubli de la part du législateur a ce fâcheux résultat de créer une véritable anomalie. On comprend difficilement que la subrogation qui doit être rendue publique pour être valable à l'égard des cessionnaires ultérieurs de l'hypothèque légale sur d'autres immeubles que l'immeuble vendu, ne soit pas soumise à la même publicité vis-à-vis des subrogés ultérieurs à l'hypothèque légale sur l'immeuble vendu. Mais ni le texte de la loi, ni les travaux préparatoires ne permettent de réparer cette lacune et de faire disparaître cette inconséquence regrettable.

On ne peut songer davantage à exiger les formalités prescrites par l'art. 1690 Civ. Les conditions nécessaires pour qu'on puisse l'invoquer ne se trouvent pas remplies : les qualités de débiteur et d'acquéreur du droit cédé se confondant ici dans la même personne. Quant à l'art. 9 de la loi du 23 mars 1855, depuis la loi nouvelle sa sphère d'application est désormais limitée aux subrogations consenties en faveur des créanciers du mari. Les renonciations en faveur de l'acquéreur d'un immeuble ne

sont plus soumises à ses prescriptions (1). Applicable aux subrogations, pures et simples, sans effet extinctif, il cesse de l'être aux *renonciations subrogatives*, c'est-à-dire qui ont tout à la fois un effet extinctif et un effet subrogatif : les renonciations au profit des tiers acquéreurs rentrent dans cette catégorie.

D'où cette conclusion que les renonciations subrogatives au profit du tiers acquéreur et *a fortiori* les subrogations en droit de préférence au profit de l'acquéreur ultérieur à la renonciation au droit de suite, seront opposables aux tiers dès que l'acte qui les renferme aura acquis date certaine (2).

164. — Il ne faut pas croire que ce système, auquel nous nous rallions, sacrifie les intérêts des tiers. Les tiers avec qui la femme voudra traiter de son hypothèque légale, après avoir renoncé, pourront toujours éviter toute espèce de dangers, s'ils agissent avec prudence. En consultant le registre des transcriptions, ils sauront que la femme, en même temps qu'elle a renoncé, a consenti au paiement du prix et dans quelles limites. Si elle a concouru au paiement du prix, son hypothèque est éteinte jusqu'à concurrence de la somme payée et les tiers sont définitivement renseignés. Dans le cas contraire, ils sont prévenus qu'ils ne doivent traiter qu'entourés de renseignements dont la sincérité leur soit démontrée (3).

(1) Tissier, p. 652 et 653, n° 25.

(2) Tissier, n° 25, p. 656 et 657; Dalmbert, n° 20, p. 363. — *Contrà* : Escorbiac, p. 164; Didier, op. cit. n° 15-16 juillet 1889; Baudry-Lacantinerie, t. III, n° 1241 bis, p. 735.

(3) Tissier, n° 25, p. 657.

165. — Avant de terminer cette étude de la loi du 13 février 1889, qui fait de l'art. 9 de la loi de 1855 l'une des plus longues dispositions de nos lois civiles, il nous reste à examiner une question relative au temps régi par cette loi. La question ne manque pas d'intérêt, même au point de vue pratique.

Le principe posé dans l'art. 6 Civ. « que la loi » ne dispose que pour l'avenir, qu'elle n'a pas » d'effet rétroactif, » cesse de recevoir son application, lorsque la nouvelle loi est interprétative de l'ancienne. Les lois interprétatives s'incorporent avec la loi interprétée, elles ne font avec elle qu'une seule et même loi et s'appliquent, dès lors, aux faits, même antérieurs, sans qu'on puisse dire qu'il y ait en cela rétroactivité. A cet égard, elles ne sont pas à considérer comme des lois nouvelles (1). Rien n'empêche d'ailleurs qu'une même loi renferme et des règles interprétatives et des règles introductives d'un droit nouveau.

Mais à quel signe reconnaître qu'une loi ou une disposition de loi est interprétative? Lorsqu'elle a pour objet de déterminer le sens et la portée d'une loi précédente, de l'expliquer (2).

Or la loi du 13 février 1889 est-elle interprétative et dans quelle mesure? Quelle est la loi qu'elle a pour but d'expliquer? S'applique-t-elle aux renonciations à l'hypothèque légale consenties sous l'empire de l'art. 9 de la loi du 23 mars 1855 jusqu'au jour où elle-même est devenue obligatoire? — Des distinctions sont nécessaires.

(1) Demolombe, t. 1, nos 66 et 121. — Aubry et Rau, t. I. § 30, p. 60, texte et note 2.

(2) Demolombe, op. et loc. cit. — Aubry et Rau, op. et loc. cit.

Tout d'abord la difficulté ne peut pas se présenter pour des renonciations faites par acte distinct, postérieur à la loi du 13 février 1889, lorsque l'acte d'aliénation est antérieur à cette loi. Cette dernière circonstance n'a pas d'influence à cet égard : la renonciation ne résulte pas de l'acte d'aliénation, mais de l'acte de renonciation lui-même.

166. — Où la question offre un véritable intérêt, c'est au point de vue de la publicité. Si l'on admet que le § 1 de la loi de 1889, relatif aux conditions de publicité requises pour que la renonciation soit valable à l'égard des tiers, est une disposition interprétative de l'art. 9 de la loi de 1855, on aboutit notamment aux conséquences suivantes : l'acte d'aliénation, contenant renonciation, antérieur à la loi du 13 février 1889 vaut purge à partir de la transcription et l'immeuble est affranchi, sans qu'il soit besoin de prendre inscription conformément aux prescriptions de l'art. 9. De même l'acquéreur d'un immeuble propre du mari, vendu antérieurement à la loi du 13 février 1889 avec renonciation de la part de la femme, est fondé à demander le rejet d'une inscription d'hypothèque légale prise postérieurement à la transcription de cette aliénation et le conservateur qui délivre l'état d'inscriptions ne devra pas la faire figurer sur cet état.

Sans doute un arrêt de la Cour de Cassation (5 mai 1890) a reconnu que l'art. 9 de la loi du 23 mars 1855 ne s'appliquait qu'aux renonciations translatives; « que la renonciation pure et simple de la femme à » son hypothèque légale dans un acte de vente régulièrement transcrit, au profit de l'acquéreur d'un » immeuble grevé de cette hypothèque était extinctive

» et dispensée par suite de toute formalité autre
» que celle de la transcription » (1). Mais l'arrêt
de la Cour suprême n'est qu'un arrêt de *renvoi* et
la controverse que nous avons étudiée dans le
chapitre des « *Origines de la loi du 13 février*
» 1889 » peut encore revivre à l'égard de ces renon-
ciations. La question de savoir si cette loi est inter-
prétative n'a donc pas perdu tout son intérêt ; elle
a déjà, d'ailleurs, été diversement résolue.

167. — Pour nous, nous n'hésitons pas à voir dans
le § 1 de la loi du 13 février 1889 une disposition
interprétative. Fixer la portée de l'art. 9 de la loi
du 23 mars 1885, « mettre un terme à une diver-
» gence qui s'est manifestée dans la doctrine et la
» jurisprudence au sujet de l'interprétation de cet
» article » (2) : tel est l'objet principal de la loi
du 13 février 1889, objet que remplit le § 1 et son
but. L'ensemble des travaux préparatoires le montre
avec évidence et le législateur l'a affirmé à mainte
reprise. La Cour de Cassation l'a formellement
reconnu dans l'arrêt précité : « Attendu, continue
» la Cour, que si la loi du 13 février 1889, dans le
» but de mettre fin, sur ce point, à toute contro-
» verse, contient en ce sens une disposition
» expresse, elle n'a point innové, dans cette mesure,
» mais consacré la doctrine généralement admise
» dans la pratique, tout en la complétant par des
» dispositions nécessaires » (3).

(1) Cass. 5 mai 1890. Sir. 91. 1. 392 et D. P. 91. 1. 467.

(2) Journ. Off. Sénat, séance du 23 oct. 1888. Disc. de M. Merlin.

(3) En ce sens : de l'Epine, Rev. Not. Art. 8295, p. 459 ; Dalmbert,
p. 340, note 3. — *Contrà* : Ducruet. Etude sur la loi du 15 fèv. 1889,
p. 39 ; Journal des Conservateurs des Hyp. Art. 4009, p. 354 et Art.
4115, p. 427.

168. — Mais à nos yeux, le § 1 est la seule disposition de la loi du 13 février qui revête le caractère d'une disposition interprétative. (1) Il est incontestable qu'il faut reconnaître comme introductifs d'un droit nouveau et le § 3 portant que la renonciation ne peut être qu'expresse ou si elle est tacite qu'elle ne peut s'induire que des circonstances limitativement déterminées par la loi (2) et les derniers alinéas qui visent des situations nouvelles, non prévues par l'art. 9 de la loi du 23 Mars 1855. Rien, dans les motifs de ces dispositions, ne permet de leur attribuer un caractère interprétatif.

169. — Quant à la règle relative à l'authenticité (§ 2) elle n'est applicable qu'aux renonciations consenties depuis la loi nouvelle. *Tempus regit actum* : tel est le principe. Un acte ne peut, quant à sa forme extérieure, être régi que par la loi sous l'empire de laquelle il a été passé (3).

(1) Cpr. Cass. 5 mai 1890, déjà cité.

(2) de l'Epine. Rev. Not. Art. 8295, p. 459.

(3) Demolombe, t. 1, nos 49-40 et 50. — Aubry et Rau, t. 1^{er} § 30 p. 59 et note 7.

POSITIONS

DROIT ROMAIN

1° L'*infantia*, en droit classique, dure jusqu'à l'âge de sept ans ;

2° La *litis contestatio* n'est pas une véritable novation ;

3° La *litis contestatio* laisse subsister une obligation naturelle toutes les fois que le demandeur peut reprendre l'instance sans attaquer la décision du juge ;

4° La formule des actions *in factum* n'a pas de *demonstratio*.

DROIT CIVIL

1° L'enfant, écarté de la succession comme *indigne*, doit, de même que le renonçant, être compté pour le calcul de la quotité disponible ;

2° Le legs d'usufruit est un legs à titre particulier ;

3° La personne pourvue d'un conseil judiciaire peut, sans l'assistance de son conseil, adopter dans son contrat de mariage le régime de communauté légale ou tout autre régime moins étendu ;

4° Dans la vente par correspondance, le contrat se forme au moment où le futur acheteur s'est dessaisi de son acceptation et avant que la lettre d'acceptation soit parvenue à celui qui a fait l'offre.

DROIT COMMERCIAL

1° Les tribunaux ne peuvent pas autoriser la femme à faire le commerce, soit en cas de refus, soit en cas d'absence ou d'incapacité du mari et quel que soit le régime matrimonial adopté par les époux.

2° Un jugement déclaratif de faillite, rendu à l'étranger, fait foi par lui-même de la qualité du syndic qu'il nomme et l'autorise à poursuivre devant les tribunaux français les débiteurs du failli, sans être tenu de faire revêtir le jugement de l'exequatur.

DROIT PÉNAL

L'interdit légal peut tester.

DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

En matière civile, les tribunaux français sont compétents pour connaître des actions intentées

contre les agents diplomatiques des puissances étrangères accrédités près le gouvernement français, toutes les fois que l'agent a agi en qualité de personne privée et que le jugement à intervenir n'est pas de nature à attenter à la liberté de la personne ou à l'inviolabilité du domicile.

Vu :

Le Professeur, Président de la Thèse,

L. JOUEN.

Vu :

Le Doyen de la Faculté,

Edmond VILLEY.

Vu et permis d'imprimer :

Le Recteur de l'Académie de Caen,

E. ZEVORT.

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

De l'hypothèque légale de la femme mariée

	Pages
INTRODUCTION.	1

PREMIÈRE PARTIE

De la protection de la dot avant Justinien.	3
CHAPITRE PREMIER. — De la dot et de l' <i>action rei uxoriae</i> . .	3
CHAPITRE DEUXIÈME. — De la loi <i>Julia de Adulteriis</i>	13
CHAPITRE TROISIÈME. — Du <i>privilegium dotis</i>	17
CHAPITRE QUATRIÈME. — De l'hypothèque conventionnelle employée comme sûreté de la dot . .	23

DEUXIÈME PARTIE

Innovations de Justinien — De l'hypothèque légale de la femme mariée.	31
CHAPITRE PREMIER. — De l'hypothèque privilégiée sur les biens dotaux	34
CHAPITRE DEUXIÈME. — De l'hypothèque générale sur les biens du mari	62
CHAPITRE TROISIÈME. — De l'hypothèque légale à raison des créances paraphernales de la femme	70
CHAPITRE QUATRIÈME. — De l'hypothèque privilégiée sur les biens du mari	72
CHAPITRE CINQUIÈME. — De l'hypothèque légale à raison de la <i>donatio propter nuptias</i>	82
CHAPITRE SIXIÈME. — Du rang de l'hypothèque privilégiée de la dot	84
CHAPITRE SEPTIÈME. — De la renonciation à l'hypothèque légale.	98

DROIT FRANÇAIS

Renonciation par la femme à son hypothèque légale au profit du tiers acquéreur (Loi du 13 Février 1889).

	Pages
INTRODUCTION	111
CHAPITRE PREMIER. — De l'hypothèque légale de la femme mariée, — De la renonciation à cette hypo- thèque au profit du tiers acquéreur. — Sa raison d'être	111
CHAPITRE DEUXIÈME. — Origines de la Loi du 13 Février 1889. .	119
SECTION I. — Législation et jurisprudence antérieures	119
SECTION II. — Travaux préparatoires. — Texte de la loi. — Plan	134
PREMIÈRE PARTIE	
Conditions de validité et d'efficacité de la renon- ciation	141
CHAPITRE PREMIER. — Formes de la renonciation envisagée en elle-même	145
SECTION I. — Renonciation expresse	146
SECTION II. — Renonciation tacite	147
CHAPITRE DEUXIÈME. — De l'authenticité	177
CHAPITRE TROISIÈME. — De la publicité.	206
DEUXIÈME PARTIE	
Effets de la renonciation T	220
CHAPITRE PREMIER. — Notions générales	220
CHAPITRE DEUXIÈME. — Extinction du droit de suite	226
CHAPITRE TROISIÈME. — Survie du droit de préférence	235
SECTION I. — Nature et durée du droit de préférence.	235
SECTION II. — Conservation du droit de préférence. .	247
SECTION III. — Renonciation du droit de préférence .	251
SECTION IV. — Des cessions ou subrogations du droit de préférence au profit de toute per- sonne autre que le tiers acquéreur.	265
SECTION V. — De la subrogation au droit de préférence au profit du tiers acquéreur	269
POSITIONS	307

